

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Gabriel Reinhardt Martins

**AS RELEVANTES INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM OPOSIÇÃO AO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO PREVISTO NA LEI 8.666/93**

Porto Alegre

2012

Gabriel Reinhardt Martins

**AS RELEVANTES INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM OPOSIÇÃO AO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO PREVISTO NA LEI 8.666/93**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientadora: Maria Isabel de Azevedo Souza.

PORTO ALEGRE

2012

Gabriel Reinhardt Martins

**AS RELEVANTES INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM OPOSIÇÃO AO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO PREVISTO NA LEI 8.666/93**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovado em 10 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza

Professora Doutora Vivian Pantaleão Caminha

Professor Doutor William Smith Kaku

Dedico este trabalho a Deus, meu Criador e Salvador; a Clarice e Ricardo, meus pais, que tornaram tudo possível; a Gustavo, Otávio e Heitor, meus irmãos, pelos seus exemplos; e a Heloíse, meu amor e razão de tudo o que faço.

Vaidade de vaidades, diz o
pregador, vaidade de vaidades!
Tudo é vaidade.
(Eclesiastes 1:2)

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, implantado pela Lei nº 12.462/11, estudando, à luz da Lei nº 8.666/93, a sua aplicação e os seus mecanismos, os quais são colocados pelo legislador como imprescindíveis à melhoria na eficiência do processo licitatório. Partiu-se de uma análise geral da licitação, indicando a sua origem, seus fundamentos e os seus princípios regentes, estabelecendo-se os limites que deverão ser seguidos tanto pelo legislador, na edição de leis que tratem do assunto, quanto pelo administrador, quando da instituição do processo licitatório. Após foi feito um estudo detalhado da Lei Geral de Licitações, indicando as etapas do rito que deverão ser seguidas pela Administração, as suas modalidades e os procedimentos auxiliares. Por fim, esmiuçou-se a Lei 12.462/11, verificando o seu âmbito de aplicação, os novos mecanismos mais relevantes, como a contratação integrada, a remuneração variável, o sigilo dos orçamentos, o estímulo à informatização, o modo de disputa aberto, o critério de julgamento de maior retorno econômico, a negociação com o licitante que ofereceu a oferta mais vantajosa e a inversão das fases de julgamento e habilitação; tudo sob o enfoque da comparação com o procedimento presente na Lei 8.666/93. Conclui-se, que todas as mudanças analisadas devem ser incorporadas à Lei Geral, em face da eficiência que elas trazem para a contratação por parte da Administração Pública diante do contexto desenvolvimentista em que o Brasil está inserido.

Palavras-chave: Licitação. Lei nº 8.666/93. Lei nº 12.642/11. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Conceito. Princípios. Procedimento licitatório. Contratação integrada. Remuneração variável. Sigilo do Orçamento. Informatização. Modo de disputa aberto. Maior retorno econômico. Negociação. Inversão das fases de julgamento e habilitação.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the unusual Procurement Regime - DRC, implemented by Law No. 12.462/11, studying in the light of Law No. 8.666/93, its application and its mechanisms, which are placed by the legislature as essential improving the efficiency of the bidding process. Starting from a general analysis of the bidding, indicating its origin, its foundations and its governing principles, establishing the limits to be followed both by the legislature, the enactment of laws that deal with the subject, as the administrator when the institution of the bidding process. After a detailed study was made of the General Procurement Law, indicating the steps of the rite to be followed by Directors, its modalities and procedures auxiliary. Finally, brake in pieces to Law 12.462/11, checking your scope, the most important new mechanisms, such as hiring integrated, variable compensation, secrecy budgets, encouraging computerization, the open mode of dispute, the judging criterion of greater economic returns, negotiating with the bidder who offered the lowest tender and reversing the judgment and phases of qualification; everything from the standpoint of comparison with the present procedure of Law 8.666/93. It follows that all analyzed changes must be incorporated into the General Law, in the face of efficiency they bring to the hiring by the Public Administration on the developmental context in which Brazil is inserted.

Keywords: Bidding. Law 8.666/93. Law No. 12.642/11. Differential Procurement Regime - RDC. Concept. Principles. Bidding procedure. Hiring integrated. Variable compensation. Budget secrecy. Computerization. Mode dispute opened. Greater economic return. Negotiation. Reversal of judgment and phases of qualification.

LISTA DE ABRAVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU – Advocacia Geral da União
APO – Autoridade Pública Olímpica
CF/88 – Constituição Federal de 1988
DEM – Democratas
FIFA – Federação Internacional de Futebol e Associados
GECOPA – Grupo Executivo do Comitê Gestor da Copa do Mundo
MPF – Ministério Público Federal
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAC – Programa de Aceleração do Crescimento
PLV – Projeto de Lei de Conversão
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPS – Partido Popular Socialista
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
PT – Partido dos Trabalhadores
RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas
TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>11</u>
<u>1. A LICITAÇÃO.....</u>	<u>14</u>
<u>1.1 CONCEITO.....</u>	<u>16</u>
<u>1.2 PRINCÍPIOS: o art. 3º da Lei nº 8.666/93.....</u>	<u>20</u>
<u>1.3 MODALIDADES.....</u>	<u>30</u>
<u>1.3.1 Concorrência.....</u>	<u>32</u>
<u>1.3.2 Tomada de preços</u>	<u>33</u>
<u>1.3.3 Convite.....</u>	<u>35</u>
<u>1.3.4 Concurso.....</u>	<u>36</u>
<u>1.3.5 Leilão.....</u>	<u>37</u>
<u>1.3.6 Pregão.....</u>	<u>37</u>
<u>1.4 ETAPAS DA LICITAÇÃO</u>	<u>38</u>
<u>1.4.1 Etapa Interna.....</u>	<u>38</u>
<u>1.4.1.1 Atos preparatórios.....</u>	<u>38</u>
<u>1.4.1.2 Comissão de licitação.....</u>	<u>42</u>
<u>1.4.1.3 Instrumento convocatório.....</u>	<u>42</u>
<u>1.4.1.4 Publicação.....</u>	<u>43</u>
<u>1.4.2 Etapa Externa.....</u>	<u>44</u>
<u>1.4.2.1 Habilitação.....</u>	<u>45</u>
<u>1.4.2.2 Julgamento.....</u>	<u>46</u>
<u>1.4.2.3 Homologação e adjudicação.....</u>	<u>48</u>
<u>2. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....</u>	<u>49</u>
<u>2.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI.....</u>	<u>50</u>
<u>2.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO.....</u>	<u>52</u>
<u>2.3 PRINCÍPIOS.....</u>	<u>60</u>
<u>2.4 MODALIDADE.....</u>	<u>63</u>
<u>2.5 ETAPAS.....</u>	<u>64</u>
<u>2.5.1 Fase interna.....</u>	<u>64</u>
<u>2.5.1.1 Atos Preparatórios.....</u>	<u>64</u>
<u>2.5.1.2 Comissão de Licitação.....</u>	<u>73</u>
<u>2.5.1.3 Ato Convocatório.....</u>	<u>74</u>
<u>2.5.1.4 Publicação.....</u>	<u>80</u>
<u>2.5.2 Fase externa.....</u>	<u>81</u>
<u>2.5.2.1 Formas de realização e de disputa da licitação.....</u>	<u>82</u>

<u>2.5.2.2 Do julgamento das propostas.....</u>	<u>84</u>
<u>2.5.2.3 Habilitação e recursos.....</u>	<u>87</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>90</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>93</u>

INTRODUÇÃO

A licitação, como forma de selecionar as pessoas, quer físicas, quer jurídicas, a serem contratadas pela Administração Pública, constitui instrumento capaz de efetivar os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, pois moraliza a atividade dos entes públicos, impondo aos seus agentes a adoção de determinadas condutas, conferindo impessoalidade às contratações e protegendo os interesses da *res publica*. Dessa forma, todo este processo de escolha, ao impor publicidade, gera transparência, proporcionando economia ao obrigar a seleção das propostas mais vantajosas para a fazenda pública.

Diante destas necessidades, de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a Constituição Federal de 1988, preocupada em estabelecer diversas normas e princípios de Direito Administrativo, condicionou a contratação por parte dos entes público à utilização de um processo licitatório prévio e instituído por Lei.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi promulgada objetivando regular este comando e estabelecer uma unificação de todo espectro normativo do tema. O texto da norma legal procura criar instrumentos hábeis a concretizar os princípios constitucionais retro citados. Entre tais instrumentos, merecem destaque, exemplificativamente, a imposição de vinculação ao edital, o sigilo nas propostas, a adoção de critérios objetivos de julgamento, a publicação de todos os atos e a proibição do sigilo.

Mudanças geopolíticas, no entanto, expuseram a economia brasileira a competição internacional com outras nações em diferentes graus de maturidade, evidenciando, assim, a necessidade de se conferir uma maior eficiência à máquina econômica nacional.

Neste contexto, o princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional pela Emenda à Constituição nº 19, de 4 de junho de 1998. A reforma administrativa, conduzida no governo de Fernando Henrique Cardoso, teve por propósito a modificação da cultura burocrática e ineficiente da Administração Pública brasileira, instituindo mecanismos capazes de propiciar a prestação de um serviço de melhor qualidade, mais célere e satisfatório aos cidadãos e com menos gastos. Ela se deu em um período da história pátria em que os recursos eram escassos e a necessidade de incremento na competitividade do país estava presente.

A partir do início do Século XXI, o Brasil retomou o crescimento econômico, produzindo e consumindo em maior medida. Assim, o Estado passou a deter mais recursos para promover os investimentos necessários não só à manutenção, mas também ao incremento do seu desenvolvimento. Era imperioso, assim, realizar obras de infraestrutura aptas a diminuir o custo de produção no país. Isto posto, imprescindível a criação de instrumentos aptos a gerenciar esta grande quantia de forma mais eficiente, alocando-a rapidamente aos

locais em que aqueles investimentos eram necessários. Esse papel de acelerar a destinação de recursos poderia ser cumprido, em parte, pelas novas tecnologias que surgiram nesta época e se tornaram muito acessíveis.

A escolha do Brasil para sediar a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, impeliu o Estado brasileiro a realizar os mencionados aperfeiçoamentos em sua infraestrutura num prazo determinado, objetivando o atendimento das necessidades de tais eventos.

Face ao inexorável esgotamento dos prazos de implantação pelo Poder Público das melhorias necessárias à realização dos referidos eventos esportivos e ao contexto histórico de exigência de implementação da eficiência nas contratações efetuadas pela Administração, em uma manobra política, o deputado governista José Guimarães (PT-CE), inseriu no texto da Medida Provisória 527/2011, que promovia mudanças na Agência Nacional de Aviação Civil e na estrutura do Poder Executivo, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criando o Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 17/2011, com vistas a proporcionar infraestrutura legal que permitiria um processo de contratação mais ágil e adequado às tecnologias que surgiram após a edição da Lei nº 8.666/93. O projeto restou aprovado pelas duas casas legislativa e sancionado pela Presidente da República, foi transformado na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. A regulamentação da aplicação deste texto legal se deu por meio do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro após os referidos dispositivos legais dedicados a regular as licitações e contratações, criou diversas novas práticas objetivando possibilitar a construção das obras necessárias à realização dos referidos eventos esportivos. Entre tais práticas, merecem destaque o estímulo à informatização, o instituto da contratação integrada, o sigilo nos orçamentos e a inversão de fases de habilitação e julgamento das propostas.

As mudanças implantadas traduzem os anseios da sociedade em ver a Administração Pública realizar as contratações para a ampliação da infraestrutura e das obras para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 de forma econômica e rápida. Espera-se que, assim, tais realizações sejam levadas a termo com celeridade sem, no entanto, descurar do princípio da economia, que fará com que os valores a serem despendidos pelo Estado possam ser os mais vantajosos para a Administração e para a Sociedade.

Entretanto, a constitucionalidade de algumas destas novidades foi posta em cheque por instituições que alegam que a mudança feriria os princípios do Direito Administrativo. Assim, a Lei nº 12.462/11 foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas pelo Ministério Público Federal e pelo partidos políticos PSDB, DEM e PPS.

É neste ponto que se insere a presente monografia. Ela tem por fim investigar as mudanças mais relevantes introduzidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas no âmbito das licitações, concebidas como procedimento administrativo prévio à contratação, analisando os ideais que levaram a sua criação e descrevendo os seus instrumentos, os quais têm a sua constitucionalidade verificada. Esta análise é feita em oposição às práticas tradicionalmente utilizadas pelos processos concretizados sob a égide da Lei nº 8.666/93

Este estudo será construído em duas partes.

Primeiramente há o exame das licitações de uma forma geral, analisando os seus pressupostos, buscando-se conceituar o instituto, de forma a elucidar a sua natureza jurídica e as entidades que deverão utilizá-la.

Sucedese, após, o exame detalhado do art. 3º da Lei nº 8.666/93, explicitando-se cada um dos seus princípios, desde os constitucionais: legalidade, igualdade, moralidade, publicidade; até os previstos somente no texto da lei, mas que decorrem dos primeiros.

Por fim, é feita a análise do procedimento licitatório no âmbito da Lei nº 8.666/93, aclarando-se as modalidades e as fases tradicionalmente realizada pela Administração Pública.

Na segunda parte do trabalho, há o estudo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, buscando-se demonstrar o contexto de sua criação e seus instrumentos distintos.

Após ocorre o exame detalhado do seu âmbito mais restrito de aplicação, definindo as situações em que as licitações podem ser realizadas sob a égide do novo regime.

Ao final, é feita a análise do procedimento licitatório no âmbito da Lei nº 12.462/11, explicitando os princípios e diretrizes peculiares que conduzirão globalmente este processo e as inovações mais relevantes por ele introduzidas, como a contratação integrada, a remuneração variável, o sigilo dos orçamentos, o estímulo à informatização, o modo de disputa aberto, o critério de julgamento de maior retorno econômico, a negociação com o licitante que ofereceu a oferta mais vantajosa e a inversão das fases de julgamento e habilitação.

Todos estes institutos serão estudados em confronto com a Lei nº 8.666/93, de forma a verificar a pertinência da sua adoção pelo regime geral. Além disso, ocorre a análise da constitucionalidade dos instrumentos atacados pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

1. A LICITAÇÃO

A Administração realiza uma série de atividades com o fim de obedecer ao interesse dos administrados.¹ Devendo, assim, atuar de forma a preservar os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público,² na medida em que, como magistralmente declara Ruy Cirne Lima, “*O traço característico da atividade assim designada (pública) é estar vinculada, - não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio às pessoas e aos interesses (sic) particulares do agente ou órgão que a exercita.*”³

No seu exercício deve sempre obedecer ao interesse público, por isso quando necessita contratar, com o fim realizar obras e serviços, comprar e alienar bens, esta atividade obrigatoriamente será antecedida por um procedimento seletivo prévio, a licitação.⁴

Por meio do princípio da isonomia, a licitação é um procedimento que busca satisfazer a este interesse, pois está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração Pública a possibilidade de fazer o negócio mais vantajoso e o de assegurar aos interessados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação.⁵

Ela restringe, portanto, a liberdade do administrador com o único objetivo de preservar o interesse público, como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer que:

“Ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei”.

Isso se dá na medida em que é de interesse público que esta atividade seja regulada, de forma diminuir os riscos inerentes ao seu exercício.

Nestas circunstâncias, a licitação vem como elemento moralizador da atividade administrativa, uma vez que, como bem menciona José dos Santos Carvalho Filho, “*sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a*

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 225.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3.ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 11.

³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípio de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 22.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 17.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.070/RN. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007, Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>>. Acesso em 22 nov. 2012.

administração”.⁶ Deste conceito extrai-se que, ao permitir que várias pessoas ofereçam suas propostas antes da contratação, cria-se uma concorrência entre as entidades que pretendem negociar com a Administração, diminuindo o valor do bem ou serviço adquirido e atendendo à necessidade de uma administração eficiente, que equilibre a qualidade do serviço prestado e o bom manejo dos recursos públicos. O instituto propicia a escolha da opção mais vantajosa, de acordo com o interesse público.

Tal entendimento também é esposado por Celso Antônio Bandeira de Mello no momento em que sintetiza o conceito de licitação, declarando que ela é:

“um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinada relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir” (grifo nosso).

Percebe-se deste conceito a importância que é dada à ideia de competição⁸ para a realização da licitação, uma vez que aquela é vista como meio de se contratar o melhor serviço pelo menor custo. Este entendimento é reafirmado mais adiante quando o autor destaca que a licitação busca atingir um duplo objetivo: o de proporcionar à administração celebrar negócios mais vantajosos através do fomento à competição e o de assegurar que os administrados também possam participar dos negócios que os entes governamentais devem realizar⁹.

Neste sentido, Eros Grau, no julgamento da ADIn 3.070/RN, declara:

A licitação, assim, há de ser concebida como imposição do interesse público, sendo seu pressuposto a competição. 'Competição' é, no entanto, termo que assume ao menos duas significações. Enquanto pressuposto da licitação, competição é possibilidade de acesso a todos e quaisquer agentes econômicos capacitado à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia de igualdade (isonomia). Chamemo-la competição-pressuposto. Por outro lado, competição é também disputa, ou seja, no caso possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas de que outros, um a proposta melhor de todas. Chamemo-la competição-disputa.¹⁰

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 225.

⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 483.

⁸Tanto que o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93 proíbe qualquer ato do agente público que frustre o espírito competitivo da licitação.

⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. Cit.*, p. 485.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.070/RN. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007, Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>>. Acesso em 22 nov. 2012.

Não obstante as motivações da existência do instituto dadas pelos referidos autores, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 nos mostra os fins da licitação.

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

O legislador destaca, de forma clara e concisa, três exigências públicas impostergáveis que definirão a realização das licitações: a proteção aos interesses públicos e governamentais; o respeito aos princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade da administração; e, por fim, a obediência aos ideais da probidade administrativa¹¹.

Além disso, determina que ela será processada e julgada com obediência estrita aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, estabelecendo, assim, princípios que dirigirão todos os atos que levarão à realização da própria licitação. Tais princípios serão analisados posteriormente.

Verificados os objetivos que levaram à criação do instituto da licitação, num segundo momento, torna-se necessário que se conceitue o instituto, analisando a natureza e as normas que o regem.

1.1 CONCEITO

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a licitação é “o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados¹²” (grifo nosso).

Deste conceito podemos extrair as diversas características da licitação, tais como a sua forma de execução, seus requisitos, seu agente e, por fim, seu objetivo.

Em primeiro lugar, ela se trata de um *procedimento administrativo*. De acordo com Hely Lopes Meirelles, “*a licitação é uma sucessão ordenada de atos que se desencadeiam,*

¹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 485.

¹²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 226.

[...], obedecem rigidamente ao estabelecido em lei e não admitem discricionariedade na sua realização, salvo na faixa em que a norma legal autoriza preferências técnicas e opções administrativas de conveniência e oportunidade.”¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta, da mesma forma, ser um procedimento administrativo, pois se trata de uma série de atos sucessivos, que possuem finalidade específica, mas, conjuntamente tendem a um resultado final e conclusivo, em função do qual se harmonizam¹⁴.

A licitação possui essa natureza, em virtude do seu conceito se inserir perfeitamente no de procedimento administrativo, o qual é caracterizado como um “conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias¹⁵”. Do mesmo modo, Celso Antônio Bandeira de Mello, o define como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”¹⁶ e Alberto Xavier declara não se tratar de um só ato, mas de uma sucessão de atos e fatos, os quais se integram de maneira sequencial, no sentido de serem condição da prática de futuros e consequência dos anteriores, de tal modo que fora do procedimento não têm significado jurídico¹⁷. Dessa forma, havendo uma sequência de atos conectados entre si, com autonomia relativa, ou seja, cada um conserva a sua identidade funcional de forma, que sejam ordenados para se destinarem a propiciar uma expressão decisiva acerca do assunto, há um processo administrativo.¹⁸

O mesmo é a licitação, por ser integrada por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, havendo a contribuição de todos para formar a vontade contratual¹⁹. Havendo, nestas circunstâncias um ritual a ser seguido, com uma ordem dos atos administrativos e um fim a ser perseguido, resta evidenciada a sua natureza jurídica de procedimento administrativo com fim seletivo.

Cumprido mencionar as divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica da licitação apontadas por Adilson Abreu Dallari. Segundo o autor há três correntes principais que debatem o tema²⁰. Em linhas gerais, a primeira, já superada, declara que ela é um instituto do direito financeiro, argumentando que a atividade contratual do estado se insere entre as suas atividades de gestão econômico-financeira. Não prospera esta corrente, na medida que o

¹³MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 22.

¹⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 483 e 484.

¹⁵CUESTA, Rafael Entrena. “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tecnos: Madri, 1981. *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 226.

¹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 446.

¹⁷XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 101.

¹⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *loc. cit.*

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 291.

²⁰DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19-36

objeto do certame não é uma alteração patrimonial ou financeira, mas a eleição de um contratante. Ela nada mais é do que um meio técnico-jurídico para haver a contratação. Logo, se insere no Direito Administrativo.

Outra parte da doutrina declara que se constitui um ato-condição, ou seja, a licitação se limitaria à adjudicação, sendo as fases antecedentes seus atos preliminares. O ato-condição tem a capacidade de “*colocar uma pessoa determinada dentro da esfera de abrangência de regras gerais que não a atingiriam se ele não fosse praticado.*”²¹ O contrário é o que ocorre com a licitação, uma vez que ela não põe o indivíduo numa situação genérica, mas atribui uma situação individual ao escolhido dentre os ofertantes.

Por fim, a terceira corrente – adotada pela maioria dos doutrinadores, inclusive por este trabalho – declara a sua natureza de procedimento administrativo.

A licitação deve ser *vinculada*, ou seja, a liberdade do agente público é restringida, tanto em relação à elaboração do certame, pois o princípio da legalidade impõe limites à sua criação, quanto no tocante à sua realização, à medida que “*fixadas as suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente*”²². Portanto, há a limitação pela legislação, que rege todos os seus atos e fases, e pelo edital, que obriga o ente público e os licitantes às suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento.²³

No texto legislativo, este comando encontra guarida no art. 41 da Lei nº 8.666/93, que estabelece que “*a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*”. Ele procede do art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual institui não só a obrigatoriedade uso da licitação tanto pela administração direta quanto indireta, quanto as diretrizes que o ente governamental deverá adotar quando da sua realização. Determina que a licitação deverá assegurar:

“(...) igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Sendo assim, a probidade na realização do certame fica preservada, resguardado o direito não só dos licitantes, mas também dos administrados, na medida em que a atuação do administrador fica restrita aos pontos mencionados. Neste sentido de que a limitação da discricionariedade os protege, aponta o art. 4º, do Estatuto:

²¹DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

²²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 226.

²³MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 24.

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.

Outro não é o entendimento no Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao tema. Tamanha deve ser a obediência ao ato convocatório, que a simples ausência de assinatura na proposta financeira, declarada necessária no edital, é capaz de ensejar a sua nulidade.

*EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifa, a inexistência do documento. 2. **Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.** 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (RMS 23640, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001, DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268)*

Este procedimento administrativo vinculado é característico dos *entes da administração pública e aqueles por ela controlados*. Como estabelece o art. 1º da Lei nº 8.666/93²⁴, para qualquer obra, serviço, compra, alienação e locação realizadas pelo poder público deve-se obedecer às normas gerais estabelecidas da referida legislação, até mesmo em relação à própria dispensa de licitação. Não obstante, o Parágrafo Único²⁵, registra que além da administração direta, a indireta também deve ser abrangida pela Lei das Licitações, demonstrando que onde houver capital público, há a necessidade de obediência à legislação.

Tal dispositivo se origina do art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual impõe a obrigatoriedade da utilização do processo de licitação público quando da contratação de obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação.

²⁴ Diz o *caput* do art.1º da Lei nº 8.666/93: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

²⁵ Diz Parágrafo único do art.1º da Lei nº 8.666/93: “Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Extrai-se deste dispositivo que a utilização da licitação é obrigatória quando a administração realizar qualquer das atividades mencionadas, sendo a sua dispensa limitada somente a casos específicos constituídos pelo legislador.

Alexandre de Moraes destaca que, em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, as contratações realizadas por entes públicos geram gravame ao erário, portanto, necessitam ser antecedidas de licitação, sob pena de invalidade. A Administração deve obedecer a sua forma rigorosamente em todos os seus contratos, com o fim obter a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a qualquer interessado de oferecer seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude.²⁶

Por fim, como já apontado anteriormente, o objetivo principal da adoção da licitação como forma da Administração Pública contratar, é a seleção da proposta mais vantajosa. Esta pode ser caracterizada como aquela que concilia a economicidade e a qualidade técnica, ou seja, prestar o melhor serviço, comprar o melhor bem, ou construir melhor obra, da forma menos onerosa possível.²⁷ A vantagem, no maior das vezes, se relaciona com a questão da economia, na medida que os seus recursos são escassos para o custeio de suas atividades.

Por outro lado, não basta a questão financeira, pois deve haver um mínimo de qualidade. Tal questão possui tamanha importância que a legislação desclassifica as propostas que apresentarem valores irrisórios (art. 48, II, da Lei nº 8.666/93).

Para alcançar a maior vantagem, cabe a entidade que promove o certame delimitar o fim a ser satisfeito, definindo o ângulo pelo qual o interesse público será perseguido e a forma de satisfazê-lo²⁸.

A licitação, portanto, como procedimento administrativo, através do qual os entes da Administração Pública direta e indireta selecionarão as melhores propostas, obedecendo à legislação pertinente e o edital previamente confeccionado.

1.2 PRINCÍPIOS: o art. 3º da Lei nº 8.666/93

O Princípio é considerado, de acordo com o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e

²⁶MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p

²⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 64.

²⁸*Ibidem*, p. 66.

servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de um sistema normativo, no que lhe confere tónica e lhe dá sentido harmônico."²⁹

Dessa forma, ele é o responsável por dar ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas, permitindo a interpretação e aplicação destas de acordo com o ele. Ocorrendo conflitos não previstos no corpo legislativo, cabe, portanto, ao princípio a sua resolução.³⁰

No Direito Administrativo o princípio possui uma especial importância, pois ausente a sua codificação, permite à Administração e ao Judiciário estabelecer o imprescindível equilíbrio entre o direito dos administrados e as prerrogativas da Administração.³¹

Como está inserida no contexto do Direito Administrativo, a licitação também deve seguir os determinados princípios, de forma que a sua desobediência acarreta nulidade. Hely Lopes Meirelles argumenta que toda licitação está sujeita a princípios irrefragáveis no seu procedimento, sob pena de se descaracterizar o instituto e invalidar o seu resultado seletivo.³²

Nas licitações eles ganham grande importância, na medida em que o artigo que os prevê (art. 3º da Lei nº 8.666/93) sintetiza o conteúdo da Lei, seguindo o restante de seus dispositivos as diretrizes imposta por ele, dirigindo o trabalho hermenêutico e a aplicação de toda a lei e guiando não só o administrador, no curso das licitações, mas também o julgador, na solução de conflitos.³³

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

Este dispositivo se subdivide em duas partes: as diretrizes – observância do princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável – e os princípios - legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e os que lhes são correlatos.

²⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista de Direito Público* 15/284, jan./mar. 1971. Apud: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

³⁰JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 59.

³¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 67.

³²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 232.

³³JUSTEN FILHO, Marçal. *loc. cit.*

Princípio da isonomia impõe o tratamento igual em situações iguais a todos os interessados em oferecer propostas.³⁴ Como bem aponta Marçal Justen Filho, ela não veda a diferenciação entre os particular, pois há a seleção de um contratante e uma proposta, o que acarreta evidente distinção entre eles. Garante, sim, um tratamento uniforme para situações uniformes.³⁵ A igualdade, nesse caso é de expectativa, em princípio, todos têm iguais expectativas de contratar com a administração, porém o vencedor será o que apresentar a melhor proposta.³⁶

Dessa forma, é possível que haja uma diferenciação entre os proponentes, desde que haja uma distinção efetiva na realidade. Quando adotadas, obrigatoriamente estarão previstas no edital, de modo que seja de conhecimento de todos os participantes do certame a sua existência.

As exceções presentes no texto da lei acerca do tratamento distinto dado aos brasileiros e estrangeiros nas licitações, de acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, não conflitam com o princípio da isonomia, à medida que o art. 5º da Constituição Federal assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros, somente em relação à direitos fundamentais.

Já, em relação ao tratamento mais benéfico conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pela Lei Complementar 123/06, a lei deve garantir somente a igualdade material entre os licitantes.³⁷

Neste sentido o julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.716 de relatoria do Ministro Eros Grau.

“[...]”

6. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.[...]”

(STF, ADI 2.761, rel. Min. Eros Grau, j. 29.11.2007)

A Lei nº 8.666/93 prevê formas de distinção entre os ofertantes com o objetivo de fomentar o desenvolvimento nacional sustentável. O seu art. 3º, § 2º, declara que:

³⁴MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Da licitação*. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 90.

³⁵JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 67.

³⁶RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações* (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993). 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.

³⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 290.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

.....
II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

.....
§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

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

A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração de forma que haja a adequação e satisfação do interesse público na execução do contrato. A maior vantagem nasce da conjugação de dois aspectos complementares na relação entre a Administração e o particular. A primeira deverá realizar a prestação de forma menos onerosa e o segundo se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto,

uma relação de custo-benefício. A escolha da melhor proposta deverá levar em conta a maior economicidade, sem, contudo, comprometer a qualidade do objeto contratado³⁸.

Esta vantagem, entretanto varia de acordo com a natureza do contrato a ser firmado, por exemplo, a modalidade de licitação de escolha do menor preço somente levará em conta o critério da economia. Por outro lado, na modalidade de melhor técnica, o preço é relevante, mas não é o único fator responsável pela escolha do vencedor.

Por fim, o referido autor declara que para haver a proposta mais vantajosa é necessário que a Administração defina o conteúdo da vantagem, antes de promover a licitação, ou seja, que haja um fim a ser buscado pelo procedimento. Ele, além de constar no ato convocatório, definirá o ângulo sob o qual o interesse público será perseguido.³⁹

A finalidade de promoção do desenvolvimento sustentável foi agregada ao texto original da Lei de Licitações pela Lei nº 12.349/10. É definida como a busca do desenvolvimento econômico e do fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, usando-se para esse fim o poder de compra governamental, mediante novas normas que asseguram atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país. Esta margem de preferência não fere os princípios da isonomia e da competitividade, na medida em que as situações de preferências previstas na lei caracterizam situações distintas em relação àqueles que nela não estejam enquadrados. Em relação a estes – os enquadrados na preferência -, sim, aqueles princípios incidem.⁴⁰

A adoção desta distinção, contudo, não é obrigatória, como explicitado em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. pregão. PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL. preferência.

1. Para o fim de promover o desenvolvimento nacional sustentável, a Lei 12.349/2010 autorizou a Administração Pública a fixar margens de preferência para a compra de produtos manufaturados e a prestação de serviços nacionais, nas licitações, que serão definidas com base em estudos por produtos e serviços pelo Poder Executivo Federal, até o limite de 25% do preço dos estrangeiros.

2. Se o edital não contempla tal margem de preferência, não tem o interessado nacional direito subjetivo a sua inclusão, porque se trata de decisão discricionária da Administração Pública. Ausente, portanto, relevante fundamento de direito, é de ser indeferida a liminar para suspender a licitação.

Negado seguimento ao recurso.

(Agravo de Instrumento Nº 70047617717, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 02/03/2012)

³⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 64.

³⁹*Ibidem*, p. 66.

⁴⁰MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 290.

Além disso, é necessário que esta diretriz esteja regulamentada em instrumento próprio com o objetivo de obedecer à legalidade. Neste sentido, foi promulgado o Decreto 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666/93, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal.

Além das diretrizes que dirigirão o processo licitatório, o art. 3º da Lei Geral de Licitações dispõe que as licitações serão processadas e julgadas de acordo com os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e princípios correlatos.

Pedra angular da atividade administrativa⁴¹, a legalidade define que todos os atos da administração devem se pautar de acordo com o definido em lei. Isso “*significa que o administrador não pode fazer prevalecer a sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe*”⁴². Está previsto no art. 4º da Lei das Licitações, da seguinte forma:

“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”.

A desobediência a tal princípio gerar pode gerar a nulidade do processo (art. 49), ou a anulação do contrato dele decorrente (art. 59).

A impessoalidade define que o administrador deve tratar todos os licitantes com absoluta neutralidade⁴³. Deve-se, pois, dar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica⁴⁴. Este princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, nada mais é do que “*uma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração*”⁴⁵.

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, pois não só visa permitir a escolha da proposta mais vantajosa, mas também assegura a igualdade de direitos a todos os ofertante. Ele veda o uso de condições que importem na preferência em favor de

⁴¹RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993)*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111.

⁴²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 233.

⁴³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 491.

⁴⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. *loc.cit.*

⁴⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *loc.cit.*

determinados licitantes em detrimento dos demais.⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta que o princípio “*implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensinar a disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dela participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia*”⁴⁷. Sendo assim, a Administração deve dar a todos os interessados em contratar a igualdade de condições para competir.

Pode-se visualizar a obrigatoriedade da igualdade no art. 3º, §1º, I e II, do Estatuto, na medida em que determina de forma clara que é defeso ao agente público estabelecer quaisquer meios de frustrar a igualdade na fase competitiva do certame:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

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

O princípio da publicidade define que todos os atos da Administração no processo licitatório serão públicos, ou seja, toda a população terá acesso aos seus teores. Em outras palavras, “*os atos e termos da licitação (...) sejam efetivamente expostos ao conhecimento de qualquer interessado*”⁴⁸. Para a efetivação deste princípio encontramos diversos dispositivos na Lei nº 8.666/93, dentre eles, por exemplo, os arts. 3º, §3º; 4º; 15, §§ 2º e 6º; 16; 41, § 1º; e 113, § 1º.

A moralidade e a probidade administrativa impede que a Administração aja de forma a prejudicar o erário ou a sua própria atuação, protegendo-a da corrupção de qualquer agente. As condutas imorais e improbas, no âmbito da Lei de Licitações, são as realizadas com dolo, e se consubstanciam na corrupção, no desvio de numerário, na negociata com dinheiro público, na prática de atos realizados em proveito próprio ou de terceiros, entre outras. Tais atividades

⁴⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 295.

⁴⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 491.

⁴⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 492

são de sobremaneira censuradas que constituem crimes previstos no próprio estatuto (arts. 89 a 99)⁴⁹.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar todas as regras preestabelecidas para disciplinar o processo licitatório. Ele encontra amparo no art. 41 da Lei de Licitações⁵⁰. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

“o princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.”

Previsto no art. 45 da Lei de Licitações⁵¹, o princípio do julgamento objetivo busca retirar do agente que decidirá qual será a proposta vencedora o subjetivismo característico do ser humano. Para isso são definidos tanto na lei, quanto no edital da própria licitação critérios claros e objetivos que guiarão a escolha do responsável pelo julgamento. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles define o julgamento objetivo o que se baseia nos critérios indicados no edital, afastando a discricionariedade na definição das propostas vencedoras e levando em conta *“o interesse do serviço público, os fatores de qualidade rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes pedidas ou admitidas pelo edital.”*⁵²

Os critérios de escolha são elencados no § 1º do referido artigo da seguinte forma:

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

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

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

⁴⁹RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993)*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

⁵⁰Diz o art. 41 da Lei nº 8.666/93: *“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”* (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁵¹Diz o art. 45 da Lei nº 8.666/93: *“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.”* (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁵²MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 30.

Sendo assim, é tarefa do edital da licitação estabelecer qual dos critérios acima citados serão levados em conta pelo julgador da licitação na seleção da proposta mais vantajosa. Havendo falhas ou omissão na delimitação destes critérios, o edital padece de vício de nulidade.⁵³

Impende reconhecer, todavia, que somente a modalidade de menor preço dá margem a uma decisão com objetividade absoluta. Uma vez que, como bem salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando se decide com base na qualidade, na técnica, ou no rendimento nem sempre será possível atingir este ideal de objetividade extrema, pois “*quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de apreciações pessoais*”⁵⁴.

Por fim, é necessário apresentar os princípios correlatos. Após enumerar os princípios que guiarão o processo licitatório, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 se refere a estes que nada mais são do que aqueles que derivam dos princípios básicos e com guardam esteira relação em virtude da matéria que tratam⁵⁵. Dentre estes princípios José dos Santos Carvalho destaca: a competitividade, a indistinção, inalterabilidade do edital, sigilo das propostas, formalismo procedimental, vedação à oferta de vantagens e o da obrigatoriedade^{56,57}.

O primeiro a ser visto é o princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade⁵⁸. Visto por Celso Antônio Bandeira de Mello como decorrente da essência da licitação, encontra amparo legal no art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações, impede que a Administração aja de qualquer forma que comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação.

Também decorrente da igualdade, o princípio da indistinção⁵⁹ veda a criação de preferência ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes. Tal princípio tem amparo constitucional no art. 19, III, da Carta Magna, nos seguintes termos:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

⁵³MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 31.

⁵⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 493.

⁵⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 236.

⁵⁶*Ibidem*. p. 236-238.

⁵⁷De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “Afora o princípio da competitividade, que, embora não mencionado pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, I, e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência.” *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 493-494.

⁵⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 236.

⁵⁹Também se encontra presente no art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/93.

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

O da inalterabilidade do edital, inscrito no art. 41⁶⁰, tem a sua procedência dos princípios da publicidade e ao da vinculação ao edital, vincula a Administração a obedecer às regras previstas e divulgadas por ela própria quando da confecção do edital.

Também é relevante o princípio do sigilo das propostas. Conectado à probidade administrativa e à igualdade, impõe que todas as propostas apresentadas por quaisquer entidades que desejem contratar com a Administração devam vir lacradas e somente poderão ser abertas em sessão pública previamente marcada. Tal princípio decorre do art. 43, § 1º, do Estatuto.⁶¹

O princípio do formalismo procedimental indica que as regras adotadas para a licitação devem obedecer aos parâmetros estabelecidos na lei, proibindo ao agente da administração qualquer deles a seu juízo. Este princípio mostra a importância dada pelo legislador à rigidez formal como meio de preservar a competitividade, razão porque se impõe a observância do devido processo legal.

A vedação à oferta de vantagens, deduzido do art. 44, § 2º, da Lei das Licitações⁶², decorre do princípio do julgamento objetivo. Aquele indica que as regras de seleção deverão obedecer estritamente os parâmetros apontados no edital, impedindo que nela se observem outros fatores, como o caso de algum licitante que ofereça vantagem própria ou baseada em oferta de outro licitante.

Por fim, impende mostrar o princípio da obrigatoriedade, constitucionalmente previsto no art. 37, XXI, da Carta Magna e reproduzido no art. 2º do Estatuto. Ele obriga a administração a realizar a licitação para “*compras, obras, serviços, alienações e locações*”, ressalvados somente os casos previstos em lei.

Além destes, como bem informa José dos Santos Carvalho, “*outros princípios correlatos espraiam-se pelo Estatuto, e, em última análise, retratam vetores específicos dos princípios básicos, estes caracterizados por sua generalidade*⁶³”.

⁶⁰Diz o art. 41 da Lei 8.666/93: “*A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993)

⁶¹ Diz o art. 43, § 1º, da Lei 8.666/93: A “*A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.*” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁶² Diz o art. 44, § 2º, da Lei 8.666/93: “*Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.*” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 236.

1.3 MODALIDADES

Verificados os princípios que dirigem a realização das licitações, importa visualizar as suas modalidades.

O sistema brasileiro compreende seis modalidades de licitação, sendo que cinco previstas na Lei nº 8.666/93: a concorrência, a tomada de preços, a convite, o concurso e o leilão; e uma prevista na Lei nº 10.520/02, o pregão⁶⁴. José dos Santos Carvalho Filho demonstra que, apesar das cinco modalidades expostas, são apenas três os objetivos a que se destinam. As três primeiras são utilizadas com o fim de contratar obras, serviços e fornecimento⁶⁵, enquanto o concurso visa a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico⁶⁶ e o leilão serve além da venda de móveis inservíveis, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e para alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento⁶⁷. O pregão, por fim, tem o objetivo de adquirir bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação.

O rol das modalidades de licitação é exaustivo, o que impossibilita a sua combinação ou a criação de novas formas de licitar, o que está previsto no art. 22, §8º, da Lei das Licitações:

Art. 22. São modalidades de licitação:

.....
 § 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

A adoção da modalidade de concorrência, tomada de preços ou convite dependerá, como regra geral, do valor que a Administração possivelmente irá gastar com a relação jurídica que a sucederá, fato este que se reflete na maior ou menor simplicidade da forma de realização de cada uma delas. Para isso a própria lei estabelece, no art. 23, os patamares de valor correspondentes às distintas modalidades⁶⁸, uma vez que se trate ou de obras e serviços

⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello é quem classifica o pregão como a sexta modalidade de licitação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 509

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 260

⁶⁶ *Ibidem*. p. 265

⁶⁷ *Ibidem*. p. 266.

⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello faz a ressalva de que “*seria inútil referir tais valores, dada a sua grande mobilidade. É que a teor do art. 120: ‘Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado no período’*”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 510-511.

de engenharia ou de serviços de outra natureza e de compras⁶⁹. Ainda, o Estatuto prevê o uso modalidade de leilão de acordo com o valor do bem a ser vendido⁷⁰.

A divisão é feita da seguinte forma: a concorrência é utilizada em certames em que o valor do objeto da licitação é mais elevado; a tomada de preços e o leilão para os negócios de vulto médio; e o convite para os de valores mais modestos. Importante lembrar a regra trazida pelo art. 23, § 4º,⁷¹ que possibilita à Administração utilizar uma modalidade de patamar mais elevado para licitações que correspondam a de um valor menor. Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que o inverso não pode ocorrer⁷², ou seja, nunca se poderá utilizar o convite para licitações a que o valor requeira a concorrência.

O mencionado autor refere, ainda, que:

“para evita que se chegue a tal resultado (a utilização de forma mais simples de licitação para licitações de valores mais altos), mediante licitações de parcelas de uma mesma obra ou serviço ou para obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente, a lei estabelece, no § 5º do art. 23, que em tais casos a modalidade a ser adotada é a que corresponderia ao vulto delas tomadas em seu conjunto (como se fossem uma só), ressalvadas apenas as parcelas de natureza específica cuja execução corresponderia a pessoa ou empresa de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço”⁷³

Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello nos mostra de forma simples e direta que a Lei nº 8.666/93 impõe, em total obediência ao princípio da publicidade, que todas as modalidades licitatórias⁷⁴ dependem da publicação de “avisos *contendo os resumos dos editais (...) no mínimo, por uma vez*”, referindo, ainda que “o *aviso publicado conterà a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.*” Não obstante, também são estabelecidos prazos mínimos entre a divulgação e a apresentação da proposta – em caso de concorrência, tomada de preços e convite – ou a realização do evento – para leilão e concurso (art. 21, § 2º, da Lei 8.666/93), com o fim de possibilitar aos licitantes uma melhor preparação para o certame,

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21º ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 510.

⁷⁰ Diz o art. 17, § 6º, da Lei nº 8.666/93: “*Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão*” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁷¹ Diz o art. 23, §4º, da Lei nº 8.666/93: “*Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.*” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 511.

⁷³ *Ibidem*, p. 511.

⁷⁴ Exceto a modalidade convite que se faz por carta e afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado, de acordo com o art. 22, § 3º do Estatuto.

tanto que este período pode variar de acordo com a complexidade do objeto. Tal é o respeito a este tempo que, caso a administração não fixar prazo suficiente, a licitação será inválida.⁷⁵

Feitas as considerações passa-se à análise individualizada de cada uma das modalidades.

1.3.1 Concorrência

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a concorrência como a modalidade licitatória própria às contratações de grande vulto. Ela é dotada de grande rigor formal e é sempre precedida de grande publicidade, uma vez que estas contratações exigem o aporte de recursos financeiros mais elevados pela Administração, sendo assim, a preocupação com a lisura e escolha da melhor proposta é maior. Por isso, dela podem participar quaisquer interessados que preencham as condições mínimas estabelecidas no próprio edital.

Em outras palavras a Lei das Licitações no § 1º do art. 22 conceitua a concorrência como “*a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto*”.

No entanto, o art. 23, § 3º, da mesma Lei dita que a concorrência é obrigatória independentemente do valor do negócio nos seguintes casos: compra de bens imóveis; alienação de bens imóveis, quando, porém se tratarem de “*bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento*”⁷⁶ e que “*o valor do bem não exceda o limite da tomada de preços estabelecido para compras*”; nas concessões de direito real de uso; e nas licitações internacionais⁷⁷. Além destas hipóteses previstas no referido artigo, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta mais duas hipóteses de utilização obrigatória da concorrência a despeito do vulto do negócio⁷⁸: nos contratos de empreitada integral; e nas concessões de obra ou serviço público (art. 2º, II, da Lei 8.987/95, reguladora das concessões e permissões de serviços públicos).

Com relação ao valor mínimo para a utilização da concorrência é importante relembrar a previsão do art. 23, § 5º, da Lei das Licitações:

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 512.

⁷⁶ Ressalva feita pelo art. 19, da Lei 8.666/93.

⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, diz que “*contudo, as exceções que enumera a esta hipótese (licitações internacionais) tornam insubsistente e contraditória a referência a elas. Basta dizer que se não houver fornecedor do bem ou serviço no país a regra será o convite, e havendo cadastro internacional de fornecedores é facultada a adoção da tomada de preços, nos limites e valor que lhe correspondem.*” in MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 512.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 512-513.

§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Sendo assim, mesmo que as parcelas de uma mesma obra sejam inferiores ao valor mínimo para a realização da licitação na modalidade concorrência, esta será utilizada se o somatório daquelas superar o referido montante. O mesmo está previsto para os serviços de mesma natureza exercidos no mesmo local.

Por fim, o prazo mínimo entre a sua publicidade e a data para o recebimento das propostas é de 30 dias para a concorrência que tiver por critério de seleção o “menor preço” (art. 21, § 2º, II, “a” do Estatuto) e 45 dias para as de “melhor técnica” ou de “técnica e preço” (art. 21, § 2º, II, “b” do Estatuto). O termo inicial apara a contagem dos prazos e a do último dia da publicação do aviso contendo o edital resumido ou da efetiva disponibilidade de sua íntegra com os respectivos anexos, prevalecendo o que ocorrer por último (art. 21, §3º)⁷⁹.

1.3.2 Tomada de preços

A tomada de preços, por sua vez, destinada às contratações de vulto médio (art. 23, I, “b” e II, “b”), está prevista no art. 22, § 2º, da Lei de Licitações. É caracterizada por ser “*a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação*”.

Da mesma forma, Celso de Mello define que esta é a modalidade em que a participação restringe-se a dois grupos: primeiramente às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, que será devidamente organizado de acordo com os ramos de atividades e potencialidades dos possíveis proponentes; e, também, àqueles que atenderem às condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data de abertura das propostas, o requeiram e sejam qualificados⁸⁰.

Os registros cadastrais estão previstos nos arts. 34 a 37 do Estatuto. São caracterizados como registros mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente realizam

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 513.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 513.

licitações, dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que requererem as suas inscrições, para fins de estabelecerem formalmente suas licitações, tendo em vista futuros certames licitatórios⁸¹. Hely Lopes Meirelles ressalta a importância destes cadastros em virtude do fato de que já apresentados os elementos de sua habilitação ao momento em que se inscrevem, não há necessidade de que os reapresentem quando há a convocação por edital⁸².

Os requisitos para os interessados se inscreverem ou atualizarem seus cadastros nos registros são os mesmos para a habilitação nas licitações e estão presentes no art. 27 da lei. Dessa forma, é necessário que se comprove a habilitação jurídica, a qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Após a apresentação da documentação necessária e cumpridos os requisitos, “*os inscritos serão classificados por categorias, tendo-se em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 desta Lei*”, de acordo com o art. 36 do Estatuto, e receberão certificado de habilitação (art. 36, § 1º), que, para manter-se válido, deverá ser renovado anualmente (art. 34). Por fim, a atuação do licitante no cumprimento das obrigações assumidas será devidamente anotada no respectivo registro cadastral (art. 36, § 2º), que poderá ser alterado, suspenso ou cancelado se o inscrito deixar de satisfazer as já explicitadas exigências do art. 27, ou, até mesmo, as estabelecidas para classificação cadastral⁸³.

Importante lembrar que contra estes atos que causam gravame ao interessado em licitar, bem como contra o indeferimento de inscrição, cabe recurso administrativo no prazo de cinco dias úteis, contados a partir da intimação do ato (art. 109, I, “d”). Todavia, a lei não atribuiu efeito suspensivo a tal recurso, que ocorrerá, como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello, somente em caso de denegação de pedido de inscrição feito pelo interessado com o objetivo de participar de tomada de preços e apresentado até três dias antes do recebimento das propostas.

Ainda em relação aos registros cadastrais, observe-se a importância que lhes é dada pela legislação em seu art. 98, uma vez que a mesma prevê pena de detenção de seis meses a

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 522.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 283.

⁸³ Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello deixa claro que “*Há de se entender que tais medidas serão precedidas de oportunidade de defesa aos atingidos, ex vi do art. 5º, LV, da Constituição Federal.*”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*. p. 523.

dois anos e multa a quem “*obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.*”

Na tomada de preços, ainda vale mencionar, que o prazo mínimo entre a sua publicação e a data fixada para o recebimento das propostas será de 15 dias quando o critério de julgamento for o de “menor preço” (art. 21, § 2º, III) e de 30 dias quando a escolha depender da “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 21, § 2º, III). A contagem destes prazos se dará da mesma forma que da concorrência.

Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello, ressalta que:

“a possibilidade de participarem de tomada de preços os interessados que demandem cadastramento até três dias úteis antes do recebimento das propostas pode interferir com a data originalmente prevista para isto ou, quando menos, com a data em que normalmente seriam abertos os envelopes que as contenham. Deveras se em tal caso for negado o cadastramento – posto que seu efeito equivalerá a uma inabilitação no certame –, o interessado terá direito de recorrer administrativamente, no prazo de cinco dias úteis e com efeito suspensivo, que é o que corresponde aos recursos contra inabilitação, a teor do art. 109, §2º⁸⁴.”

Dessa forma, sendo o interessado em participar do certame impossibilitado de fazer parte do cadastro, eventual recurso que pretenda interpor deverá ter efeito suspensivo, o que poderá modificar não só a data de recebimento das propostas como a de abertura dos envelopes. Isso se dá à medida que aquela recusa por parte da administração terá o mesmo efeito de uma inabilitação para participar da licitação, o que autoriza a interposição de recurso com efeito suspensivo, de acordo com o art. 109, § 2º.⁸⁵

O autor mostra que se este entendimento não fosse considerado, a Administração poderia negar a inscrição nos registros de outros candidatos por quaisquer que fossem as suas razões sem a devida motivação e, dessa forma, frustrar a participação no certame de sujeitos até então não cadastrados.⁸⁶

1.3.3 Convite

⁸⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 514.

⁸⁵ Diz o art. 109 da Lei nº 8.666/93: “*Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: a) habilitação ou inabilitação do licitante; [...]* § 2º *O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.*” (BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, 2012).

⁸⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *loc. cit.*

Para as contratações por parte da Administração com valores mais reduzidos, é utilizada a modalidade convite. Nela o ente governamental convoca para o certame pelo menos três pessoas que trabalham no ramo pertinente ao seu objeto, independentemente de cadastro prévio, e afixa, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, estendendo aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestem o seu interesse em participar da licitação com antecedência máxima de 24 horas da apresentação da proposta (art. 22, § 3º).

O prazo entre o envio da carta-convite ou da sua efetiva disponibilidade com seus anexos e a data fixada para o recebimento das propostas é de cinco dias úteis (art. 21, § 2º, IV).

Caso o número de interessados em contratar com a Administração for menor que três, a licitação será invalidada e o convite será repetido. Entretanto, o art. 22, § 7º permite que isso ocorra, desde que esse baixo número de participantes se dê por limitações do mercado ou desinteresse dos convidados. Além disso, estas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo licitatório.

Por outro lado, se existirem na praça mais de três interessados, a cada novo convite para objeto idêntico ou semelhante deverá ser convidado pelo menos mais um enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (art. 22, § 6º).

1.3.4 Concurso

O concurso se trata de disputa entre interessados que possuam qualificação técnica exigida, para a escolha de trabalho técnico ou artístico, com a instituição de prêmio ou aos vencedores, de acordo com os critérios presentes no edital que deverá ser publicado na imprensa oficial (art. 22, § 4º).

O prazo mínimo entre a publicação do aviso do edital de concurso e a realização do evento é de 45 dias, de acordo com o art. 21, § 2º, I.

O concurso terá regulamento próprio e acessível a todos os interessados. Nele a lei, no art. 52, prevê que obrigatoriamente deverão constar:

- I - a qualificação exigida dos participantes;*
- II - as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho;*
- III - as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.”*

E o julgamento será realizado por “*comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não*” (art. 51, § 5º).

Cabe, ainda, lembrar que a lei impõe que, quando se tratar de elaboração do projeto, após a realização do concurso o vencedor autorize a administrador a executá-lo quando reputar conveniente (art. 52, § 2º), de forma que o prêmio somente poderá ser pago se o autor do projeto ceder os direitos patrimoniais à administração (art. 111).

1.3.5 Leilão

A última modalidade de licitação prevista na Lei 8.666/93 é o leilão. Este é utilizada pela Administração para a venda de bens móveis inservíveis a ela ou legalmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial. Também pode ser usada para vender bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento. O vencedor será quem oferecer o maior lance, que for igual ou superior ao da avaliação (art. 22, § 5º).

Sua utilização, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, é restringida pelo art. 17, § 6º, aos casos em que o seu valor isolado ou global de avaliação não for superior ao limite fixado para compras por tomada de preços.

O prazo mínimo entre a divulgação do edital até a data do leilão é de 15 dias, conforme estabelecido pelo art. 21, § 2º, III.

1.3.6 Pregão

O pregão, finalmente, previsto na Lei 10.520/02, é caracterizado como a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado para a contratação⁸⁷. A disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

No que se refere à definição de bens e serviços comuns, o art. 1º, Parágrafo Único, da Lei do Pregão declara que são “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”. Todavia, este conceito não é satisfatório, pois não deixa claro o que seriam bens comuns, mais adequada é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “*é a padronização de sua*

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 522.

*configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado*⁸⁸.

O pregão poderá ser realizado de duas formas distintas: pregão presencial e pregão eletrônico⁸⁹. O primeiro se caracteriza pela presença física dos agentes administrativos e dos interessados em determinadas etapas do procedimento; o segundo se processa em ambiente virtual por meio de tecnologia da informação⁹⁰.

O prazo mínimo para a apresentação das propostas contado entre a publicação do edital e a sessão pública é de 8 dias.

1.4 ETAPAS DA LICITAÇÃO

Como anteriormente mencionado, a licitação é um processo, que possui uma sequência ordenada de etapas, a qual deverá ser obedecida pela Administração sob pena de nulidade do ato. Este procedimento é dividido em duas fases, nas quais o órgão interessado em contratar se prepara para realizar a licitação e o contrato e, depois, realiza o chamamento, recebe as propostas.

Estas duas fases se consubstanciam nas etapas interna e externa da licitação.

1.4.1 Etapa Interna

A etapa interna é aquela em que a entidade que promove a licitação pratica todos os atos que levarão à sua abertura, sem, contudo, realizar a convocação de interessados⁹¹.

De acordo com Marçal Justen Filho, nela a Administração realizará os seguintes atos:

- a) verificar a necessidade e conveniência da contratação de terceiros;*
- b) determinar a presença de pressupostos legais para a contratação (inclusive a disponibilidade de recursos orçamentários);*
- c) Determinar a prática de atos prévios indispensáveis à licitação (quantificação das necessidades administrativas, avaliação dos bens, elaboração de projetos básicos etc.);*
- d) definir o objeto do contrato e as condições básicas da contratação;*
- e) verificar a presença dos pressupostos da licitação e elaborar o ato convocatório da licitação.*⁹²

⁸⁸ *Ibidem*, p. 518.

⁸⁹ Tem previsão legal no art. 2º, § 1º, da Lei 10.520/02, que determina a sua regulação se de por meio de regulamentação específica.

⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 291.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 527-528.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 348.

1.4.1.1 Atos preparatórios

Os atos preparatórios da licitação são aqueles que deverão ser realizados pelo administrador antes da publicação do edital. Eles se consubstanciam na escolha da forma de execução e do critério de julgamento⁹³, na elaboração dos projetos, no estabelecimento dos requisitos e das vedações conforme o objeto da licitação (obras, serviços técnicos, compras e alienações), na criação a comissão de licitação e na definição do instrumento convocatório.

Para a instauração da licitações de execução de obras e prestação de serviços, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.666/93 exige, sob pena de nulidade dos atos praticados e responsabilização a quem lhes deu causa (§ 6º), os seguintes requisitos: existência de um projeto básico aprovado por autoridade competente e a sua publicidade (inciso I); previsão dos custos e de recursos no orçamento (incisos II e III); e a adequação da obra ou serviço às metas do plano plurianual, se for o caso (inciso IV).

O projeto básico é caracterizado pelo art. 6º, XI, como:

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

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;*
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;*
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;*
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;*

⁹³Os critérios de julgamento serão analisados no estudo da fase de julgamento, na etapa externa do processo.

Contudo, não basta a mera elaboração de um projeto básico, faz-se necessária a sua aprovação por ato formal e motivado da autoridade competente, que deverá avaliá-lo e verificar a sua adequação às exigências legais e ao interesse público.⁹⁴

A sua publicidade também é imprescindível, tendo em vista que ela restringe que o projeto básico seja elaborado após o início da licitação, assegura aos interessados o tempo necessário à sua preparação e dá a estes a possibilidade de apontar defeitos, desvios ou imperfeições do projeto⁹⁵.

Ressalte-se que ele não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a sua viabilidade e conveniência de execução.⁹⁶

A Administração deverá ter a previsão detalhada de todas as despesas através de planilhas que indiquem os custos unitários, possibilitando determinar a modalidade de licitação aplicável e as formalidades relacionadas aos contratos de grande valor. Inclusive somente após a indicação dos custos, que será possível realizar a previsão orçamentária⁹⁷. Essa necessidade de previsão de gastos no orçamento decorre do art. 167, I e II, da Constituição Federal, uma vez que somente poderão ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prévia.⁹⁸

Por fim, sendo a lei orçamentária anual, para execução de obras e serviços que ultrapassem os limites do exercício, é necessária a sua previsão no plano plurianual.

Já as vedações podem se referir ao objeto ou ao participante. As primeiras previstas nos §§ 3º a 5º do art. 7º do Estatuto, tratam da proibição de certas cláusulas ou limitação do conteúdo da contratação, no interesse da moralidade e conveniência da administração⁹⁹. São eles:

“Art. 7º [...]

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

⁹⁴JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 137.

⁹⁵JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 137.

⁹⁶*Ibidem*, p. 129.

⁹⁷Da mesma forma o art. 8º, com o fim de proteger a administração da incompetência do agente administrativo, estabelece que a obra será programada sempre em sua totalidade, prevendo os custos atuais e finais e considerando os prazos para a sua execução.

⁹⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 139.

⁹⁹*Ibidem*, p. 148.

§ 5o É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

E as vedações referentes a seus participantes estão presentes no art. 9º, I a III, e § 4º.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

.....
§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Ressalte-se que, ainda na fase interna, nas licitações que têm por objeto obras ou serviços, deverá ser escolhida a sua forma de execução. A Lei as divide em duas: execução direta – realizada pelos órgãos da Administração, pelo próprios meios (art. 6º, VII) – e execução indireta – há a contratação de terceiros (art. 6º, VIII). Esta última forma pode ser contratada nos seguintes regimes:

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

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

.....
d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das 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 que foi contratada; ”

Importante lembrar, por fim, as diretrizes que deverão ser observadas na elaboração do projeto básico e do projeto executivo impostos pelo art. 12 da Lei.

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

- I - segurança;*
- II - funcionalidade e adequação ao interesse público;*
- III - economia na execução, conservação e operação;*
- IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;*
- V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;*
- VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;*
- VII - impacto ambiental.*

Estes requisitos que retratam cautelas inerentes à atividade administrativa, destinam-se a restringir a liberdade do administrador, anunciando os fins concretos que deverão ser buscados de antemão por ele.¹⁰⁰

Já em relação aos Serviços Técnicos Profissionais Especializados, o § 1º do art. 13 da Lei estabelece que administrador deverá preferencialmente adotar a modalidade de licitação concurso¹⁰¹, e, como requisito para a implantação da licitação, é necessário haver a estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

Nas licitações de compra a lei impõe ao administrador a adequada caracterização do objeto e a existência de previsão orçamentária dos recursos (art. 14).

As alienações, ao seu turno, deverão sempre precedidas da devida justificação do interesse público que levou a ela e da avaliação do bem (art. 17). Em caso de alienação de bens imóveis se adotará a concorrência pública, ou se a aquisição se deu por meio de procedimentos judiciais ou dação em pagamento o leilão. No imóveis pertencentes à Administração direta, das autarquias e das fundações é necessária a prévia autorização legislativa.

1.4.1.2 Comissão de licitação

Além dos requisitos e das vedações, na etapa interna é criada a comissão permanente ou especial que será encarregada de processar e julgar: a habilitação preliminar; a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento; e as propostas. Ela será composta por, no mínimo, três membros com, pelo menos, dois servidores pertencentes ao quadro permanente do órgão responsável pela licitação (art. 51), exceto na modalidade de concurso, quando será composta por especialistas, servidores ou não (§ 5º).

¹⁰⁰JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 149.

¹⁰¹De acordo com Marçal Justen Filho, a adoção do concurso é a escolha mais adequada uma vez que ele evidencia concretamente as habilidades dos licitantes. Entretanto, em alguns casos, ausentes variações significativas entre os interessados, a utilização de outra modalidade se torna mais viável a contratação. *In: JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit.*, p. 169.

1.4.1.3 Instrumento convocatório

O edital é a forma pela qual a administração torna pública a realização da licitação e fixa as regras que a regerão.

De forma mais completa, Celso Antônio Bandeira de Mello declara que ele é:

“o ato formal por cujo meio a administração faz público o seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser gravado¹⁰²”.

Também é importante a caracterização dada por Hely Lopes Meirelles, que definiu o ato como “*a lei interna da concorrência e da tomada de preços*”.¹⁰³ Isso se verifica mais claramente na redação do art. 41 do Estatuto, o qual determina que a Administração não tem a liberdade de descumprir as normas e condições preestabelecidas no edital, vinculando-a completamente a este.

Dentro deste contexto o edital se apresenta como um instituto dotado de diversas funções, as quais o constituem como o documento fundamental da licitação. São elas: dar publicidade ao processo licitatório; identificar o objeto da licitação e delimitar as propostas; demarcar o universo de proponentes; definir critérios de análise e avaliação tanto de proponente quanto de propostas; regular atos e termos processuais do processo licitatório; fixar as cláusulas do futuro contrato.

Com o objetivo de preservar estas funções, a Lei nº 8.666/93, no art. 40, determina os elementos que deverão obrigatoriamente compor o edital. Estes, em linhas gerais, se referem a seu objeto, a sua forma de realização, ao modo de contratar e de pagar, além de fixação de parâmetros de reajustes de preços.

A lei ainda prevê que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital que não esteja em conformidade com a lei (art. 41, § 1º). De maneira semelhante o próprio licitante que visualizar falhas ou irregularidades capazes de o viciarem, pode apontá-las, desde que sejam abertas as suas propostas. Neste caso, se houve a aceitação ao edital, o prazo para tal impugnação termina no segundo dia útil anterior à abertura dos envelopes com a proposta¹⁰⁴.

¹⁰²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 530.

¹⁰³MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13. ed. atualizada por Eurico de Andrade e Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 110.

¹⁰⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 538.

1.4.1.4 Publicação

A finalização da etapa interna se dá com a publicação do resumo do edital. Ela é imprescindível para o processo licitatório na medida em que torna a necessidade de contratação por parte da Administração conhecida, fazendo com que um número maior de interessados possa tomar conhecimento dela. Tanta é a importância dada que a validade da licitação depende de sua ampla divulgação, pois quando for deficiente constitui indevida restrição à participação de interessados, vício hábil a causar nulidade de todo o processo.¹⁰⁵

Nos casos de concorrência, tomada de preço, concursos e leilão, é necessária a publicação do resumo do edital, com a devida antecedência, nos Diários Oficiais da União, Estados e Distrito Federal, dependendo o caso (art. 21, I e II) e em jornais de grande circulação da região em que o município se situar (III). Este aviso deverá conter a indicação do local em que qualquer dos eventuais interessados em afluir ao processo poderão obter e ler a íntegra do ato convocatório.

Além disso, estabelece a norma os prazos mínimos entre a publicação e o recebimento das propostas de acordo com a modalidade de licitação adotada:

§ 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 tomada de preços, nos casos não especificados na alínea b do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

Finalmente, é dada total liberdade para a entidade que promove a licitação modificar o edital, tanto para corrigir equívocos, quanto por motivo de conveniência.¹⁰⁶ Para a sua validação, contudo, é exigida a divulgação de qualquer modificação realizada no texto original do ato convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, salvo se a alteração não afetar a formulação das propostas (§ 4º).

¹⁰⁵JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 242.

¹⁰⁶*Ibidem*, p. 247.

1.4.2 Etapa Externa

A etapa externa, por sua vez, se caracteriza como “*aquela que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a administração e os que se propõe a afluir ao certame*”.¹⁰⁷

Esta etapa é dividida em fases distintas, sendo que para a realização da fase subsequente é necessário o total exaurimento da fase anterior,¹⁰⁸ lógica esta advinda do fato da licitação se tratar de um processo.

Cada uma destas fases se encaixa em dois momentos distintos: análise das condições dos interessados – quando se fará a verificação das capacitações jurídica, técnica e econômico-financeira dos interessados, além de sua regularidade fiscal – e análise das propostas – exame do ajustamento da proposta às condições do edital. Por fim, é realizada a confirmação do resultado pela habilitação e a outorga do objeto pela adjudicação.

Dessa forma, pode-se decompor a licitação nas seguintes fases: habilitação, julgamento, homologação e adjudicação.

1.4.2.1 Habilitação

É a fase do procedimento em que são analisadas as qualificações dos licitantes indispensáveis para que a proposta possa ser objeto de consideração¹⁰⁹, ou seja, se o interessado cumpre os requisitos impostos pela lei e pelo edital para poder participar do certame.

Nesta etapa, uma comissão composta por três membros (art. 51), examinará os requisitos previstos no art. 27 da Lei das Licitações, que são:

- I - habilitação jurídica;*
- II - qualificação técnica;*
- III - qualificação econômico-financeira;*
- IV - regularidade fiscal e trabalhista;*
- V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal¹¹⁰.*

¹⁰⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 528.

¹⁰⁸*Ibidem*, p. 530.

¹⁰⁹*Ibidem*, p. 539.

¹¹⁰ Diz o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal: “*proibição ao trabalho noturno perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir do 14 anos.*”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988)

A lei deixa bem claro nos seus arts. 28 a 31 quais documentos são hábeis a comprovar que o proponente possui as qualificações mínimas para participar da licitação. Todavia, em determinados casos tal documentação pode ser dispensada. No primeiro caso, ela pode ser substituída por certificado de registro cadastral, desde que isso esteja previsto no edital (art. 32, § 3º). No segundo, de maneira semelhante, a sua exigência de apresentação para satisfazer a habilitação jurídica, a técnica, a econômico-financeira e a regularidade fiscal pode ser dispensada total ou parcialmente no leilão, no concurso, no convite e no fornecimento de bens para pronta entrega.¹¹¹

Importa ressaltar que, em caso de comparecimento de apenas um proponente ou somente um deles for habilitado, a apuração da licitação não será afetada, uma vez que não há óbice a que lhe seja adjudicado o objeto da licitação, em sendo regular a sua proposta.¹¹²

A habilitação, na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹¹³ possui o efeito jurídico de atribuir a quem buscou participar do certame a qualidade jurídica de ofertantes e o direito ao exame de suas propostas. Nestes termos, ela é o ato por meio do qual os interessados em licitar se tornam hábeis a disputar a licitação.

1.4.2.2 Julgamento

É o exame das propostas com o máximo de objetividade possível¹¹⁴ por uma comissão composta de modo a desclassificar aquelas que não cumprirem os requisitos mínimos previstos na legislação e classificar aquelas de forma ordenada de acordo com as vantagens oferecidas.¹¹⁵

Esta desclassificação, de acordo com Celso de Mello, é a exclusão das propostas que não estiverem em conformidade com as exigências necessárias para a sua participação no certame.

Para se classificar, a proposta necessita ser séria, firme e concreta. A proposta séria é aquela que é feita com a intenção de ser mantida e cumprida, portanto, não o são as inexequíveis. A firme, por sua vez, é a feita sem qualquer cláusula condicional ou resolutive.

¹¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello faz a ressalva de que “*jamais poderia haver dispensa total para o subsequente contrato com o vencedor, mesmo em se tratando do contrato mais informal e de cumprimento imediato, como ocorreria no leilão. É que, quando menos, seria obrigatória a comprovação de regularidade perante o sistema de seguridade social, em face do art. 195, § 3º da Constituição*”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 545.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 547.

¹¹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Da licitação*. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 90.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 553.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 550 e 554.

A concreta, finalmente, é a que for suficiente em si mesma, ou seja, não faça remissões a ofertas de terceiros.

Em caso de desclassificação de todas as propostas, o art. 48, § 3º, da Lei das Licitações declara que a:

“administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”

Dessa forma, os mesmos interessados poderão apresentar novas propostas.

A classificação, por outro lado, é o ato pelo qual as propostas admitidas são ordenadas em função das vantagens que oferecem, de acordo com os critérios do edital e da lei. Em caso de empate o pleito será decidido através de sorteio, que será realizado em ato público (art. 45, § 2º).

A lei define quais serão os critérios de julgamento que poderão ser escolhidos pelo administrador no momento de elaboração do edital. O art. 45, § 5º, da Lei estabelece quatro: menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço e maior lance ou oferta – sendo este somente para casos de alienação de bens e concessão de direito real de uso.

A regra geral é a utilização do menor preço, uma vez que somente é permitida a utilização da melhor técnica e melhor técnica e preço em casos específicos. São eles: serviço de natureza intelectual (art. 46); contratação de bens e serviços de informática (art. 45, § 4º); e fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto que demandem tecnologia sofisticada e de domínio restrito (art. 46, § 3º).

O seu critério de seleção da proposta mais vantajosa, obviamente, é o da oferta menor (art. 45, § 1º, I). Celso Antônio Bandeira de Mello faz a ressalva de que nem sempre a oferta de valor mais baixo será escolhida, podendo interferir na identificação do preço o rendimento e as condições de pagamento¹¹⁶. Além disso, este tipo de licitação admite que o edital faça exigências técnicas na caracterização do objeto licitado, as quais, contudo, não servirão de critérios de seleção das propostas, mas somente a sua admissibilidade. Estas exigências têm o fim de que o licitante vencedor forneça bens imprestáveis a cumprir seus objetivos¹¹⁷.

Na escolha da melhor técnica, a proposta mais vantajosa será aquela que, respeitado o preço máximo admitido e a valorização técnica mínima previstos pelo edital, obtiver a melhor avaliação na sua técnica. Importa frisar que após classificação das propostas a administração

¹¹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 555.

¹¹⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 595.

negociará com o primeiro colocado, buscando diminuir o seu valor com base no menor preço apresentado. Caso ele não o diminua, a negociação ocorrerá com o segundo colocado e assim por diante (art. 46, § 1º).

A licitação de melhor técnica e preço, por sua vez, é a seleção da proposta que obtiver a maior média ponderada das notas atribuídas aos aspectos técnica e preço (art. 46, § 2º, II).

Por fim, a de maior lance é utilizada exclusivamente nos casos de alienações de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, § 1º, IV)

A classificação tem como efeito jurídico investir o primeiro colocado do certame na situação de único proponente, após a homologação da licitação, capaz de receber a adjudicação do objeto contratado. Esta, entretanto, pode ser perdida e transferida ao classificado em posição imediatamente anterior, à medida que se provar incorreta a classificação ou não ser mantida a proposta. Esta recusa gera sanções administrativas (art. 81), desde que não seja devidamente fundamentada em fato superveniente (art. 43, § 6º).

1.4.2.3 Homologação e adjudicação

A homologação é o ato da autoridade competente que declara que o pleito foi devidamente realizado em obediência ao edital e à legislação. Da mesma forma, Celso Antônio Bandeira de Mello a define como “*ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas*”¹¹⁸.

Todavia, se esta autoridade verificar que, durante a realização do processo licitatório, houve algum vício no procedimento, deverá anulá-la, de acordo com o art. 49 da Lei de Licitações.

Após a homologação haverá a adjudicação. Nesta, a promotora do certame convoca o vencedor para com ele contratar a realização do seu objeto.

¹¹⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 559.

2. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Com o fim de assegurar a conclusão das obras necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 a tempo da sua concretização e, tendo em vista, a burocracia dos procedimentos licitatórios realizados de acordo com a Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666/93 – e a sua consequente morosidade¹¹⁹, a qual não é capaz de de suprir as necessidades de uma economia em crescimento, como a brasileira, que busca competir com mercados de outras nações mais eficientes, em 04 de agosto de 2011 foi publicada a Lei nº 12.462, a qual:

“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”¹²⁰.

A Lei tem a sua origem na Medida Provisória (MPV) nº 527, de 18 de março de 2011, cujos artigos originais se limitavam a criar a Secretaria da Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, e a autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo¹²¹.

Durante a tramitação da Medida Provisória na Câmara dos Deputados, em 15 de junho de 2011, o Deputado José Guimarães (PT/CE) apresentou o Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 17 de 2011, que acrescentou ao texto original um capítulo dedicado à criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)¹²², matéria totalmente estranha ao tema central da Medida Provisória.

¹¹⁹BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei de Conversão n. 17./11. Parecer do relator-revisor Senador Inácio Arruda (PCdoB-CE). Brasília, DF, 05 jul. 2011. 26. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/93007.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2012.

¹²⁰Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 07 nov. 2012

¹²¹De acordo com a redação original da MP 527, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em 07 nov. 2012.

¹²²Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892101&filename=PLV+17/2011+%3D%3E+MPV+527/2011>. Acesso em 07 Nov. 2012.

A votação da Medida Provisória, na Câmara dos Deputados, foi concluída em 28 de junho de 2011, com a aprovação do seu texto final que incluía o PLV¹²³. No Senado, o texto foi aprovado, em 6 de junho de 2011, sem qualquer alteração do mérito. Por fim, houve a sanção pela Presidente da República em 04 de agosto de 2011.

A questão da inclusão do Regime Diferenciado de Contratações Públicas em uma Medida Provisória, que versava sobre matéria diversa, causou imensa discussão sobre a constitucionalidade formal da norma. Tanto que foram interpostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que atacavam esta inclusão, pelo Ministério Público Federal (ADIn nº 4.655) e pelos partidos políticos (ADIn nº 4.645): Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Democratas (DEM), e o Partido Popular Socialista – (PPS).

Em resumo, em ambas as ações os autores sustentam que, para a inclusão de emendas à Medida Provisória, de acordo com a Constituição Federal, é necessária a “*afinidade lógica (relação de pertinência)*” entre a proposição original e as emendas apresentadas. Portanto, a Lei nº 12.462/11, no tocante aos dispositivos que regulam o RDC, seria fruto de emendas parlamentares que introduzem elementos novos e sem qualquer pertinência temática com os tratados na medida apresentada pela Presidente da República. Haveria, assim, a nítida usurpação da competência do Poder Executivo e um abuso no poder de emendar, o que demonstraria a sua inconstitucionalidade formal.¹²⁴

Entretanto, a despeito da importância desta discussão, o presente trabalho tem a finalidade de estudar os novos mecanismos mais relevantes trazidos pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, realizando a sua contraposição com os presentes na Lei 8.666/93. Dessa forma, passa-se ao exame da Lei.

2.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI

A instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas cria novos mecanismos e modifica alguns já existentes na Lei Geral de Licitações, os quais têm propósito de dinamizar e tornar mais eficiente o processo licitatório. Essa mudança levaria, de acordo com o relator do PLV na Câmara dos Deputados, “*a uma significativa parcela do aprimoramento jurídico decorrente da nova sistemática.*”¹²⁵.

¹²³Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495378>>. Acesso em 07 Nov. 2012.

¹²⁴MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 07 nov. 2012.

¹²⁵Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892096&filename=PPP+1+MPV52711+%3D%3E+MPV+527/2011>. Acesso em 07 nov. 2012.

Com o mesmo enfoque na eficiência e celeridade das licitações realizadas no âmbito do RDC, o Relator-Revisor do Projeto de Lei de Conversão no Senado Federal, o Senador Inácio Arruda, declarou:

“Quanto ao RDC, entendemos que esse novo regime de licitações e contratos se revela imprescindível para assegurar a conclusão, das obras necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A atual Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666, de 1993 – já conta quase vinte anos de vigência. Seus procedimentos são reconhecidamente burocráticos e, em muitos casos, demonstram ser incapazes de responder ao atual ritmo de desenvolvimento do País, em especial às obras relacionadas aos eventos esportivos a que se refere a presente proposição, considerando os respectivos prazos para realização.

.....
A aprovação do RDC se apresenta como necessidade, sobretudo em face dos prazos de que o Brasil dispõe para a conclusão de todas as obras de infraestrutura necessárias para a conclusão de todas as obras de infraestrutura necessárias à realização dos multicitados eventos desportivos. Com efeito, diversos dispositivos do PLV asseguram que o processo licitatório seja conduzido de forma mais expedita, e sem comprometimento de sua lisura.”¹²⁶

Não obstante as declarações de ambos os relatores do projeto, a própria lei, no seu § 1º do art. 1º, deixa clara a preocupação com a eficiência do processo licitatório.

Art. 1º (...)

.....
 § 1º O RDC tem por objetivos:

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

Além disso, o art. 3º da Lei declara que o princípio da eficiência deve pautar as licitações e contratações realizadas no seu âmbito:

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

¹²⁶BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei de Conversão n. 17/11*. Parecer do relator-revisor Senador Inácio Arruda (PCdoB-CE). Brasília, DF, 05 jul. 2011. 26. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/93007.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2012.

Em contraposição, a Lei nº 8.666/93, também no seu art. 3º, não coloca tal princípio como basilar das licitações realizadas no seu âmbito ¹²⁷.

Percebe-se, assim, a preocupação do legislador em tornar todo o processo licitatório que obedece à Lei 12.462/11 mais rápido e eficiente, o que se reflete em alguns mecanismos que fazem parte destas licitações. Este relevo é ressaltado por Alan Garcia Troib, em comentários ao RDC, ao discorrer que os pontos em que esta lei difere da Lei Geral demonstram o claro intuito de simplificar e agilizar todo o processo licitatório¹²⁸. Neste sentido, diversos dispositivos do regime especial oferecem soluções voltadas à obtenção de um procedimento mais célere. Entre estas diferenças, se inserem: o estímulo à informatização do processo licitatório, a criação do regime de contratação integrada, a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral, instituição da fase recursal única e da pré-qualificação permanente. Tais mudanças serão objeto de análise mais aprofundada posteriormente.

O diploma prevê, em seu art. 64, que o Poder Executivo Federal regulamentará a Lei nº 12.462/11:

Art. 64. O Poder Executivo federal regulamentará o disposto no Capítulo I desta Lei.

Em 11 de outubro de 2011, foi promulgado o Decreto nº 7.581. Esta norma que regulamenta o RDC, sistematiza a forma como se realizará o processo de licitação, organizando as suas fases interna e externa de modo detalhado, as regras dos contratos e a sua execução e como ocorrerão os cadastros das empresas que se interessarem em participar dos procedimentos, em estrita observância ao definido no texto legislativo.

A análise do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, portanto, será feita, neste trabalho, conjugando-se tanto os dispositivos da Lei, quanto do Decreto, de forma a se caracterizar um panorama mais completo deste regime.

2.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

¹²⁷Diz o art. 3º da Lei nº 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

¹²⁸TROIB, Alan Garcia. *A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens*. In: 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. p. 101.

A Lei nº 12.462/11 não se propõe a modificar a Lei Geral de Licitações, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas cria uma nova modalidade de licitação e contratação, que somente poderá ser adotada em determinadas obras e serviços nela previstos. Dessa forma, a utilização do RDC implicará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se os casos expressamente previstos¹²⁹.

Os casos em que poderá se aplicar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas são os seguintes:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

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

Primeiramente, poderão adotar o RDC as licitações e contratações necessárias para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, as quais devem constar na Carteira de Projetos Olímpicos¹³⁰ a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO). Esta é um Consórcio Público da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, constituído na forma de autarquia em regime especial, criada pela Lei Federal nº 12.396/2011, pela Lei Estadual nº 5.290/2011 e pela Lei Municipal nº 5.260/2011.

A APO tem por objetivo coordenar a participação dos três entes federativos na preparação e realização dos Jogos de 2016, especialmente para assegurar o cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e com o Comitê Olímpico Internacional para esses fins.¹³¹ Todavia, até a presente data, a Autoridade Pública

¹²⁹Diz o art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.462/11: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.”

¹³⁰A Carteira de Projetos Olímpicos é o conjunto de obras e serviços selecionados pela Autoridade Pública Olímpica como essenciais à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, de acordo com a definição contida no art. 3º, VII, do Protocolo de Intenções constante do Anexo da Lei nº 12.396/11.

¹³¹Disponível em: <<http://www.apo.gov.br/>>. Acesso em 07 nov. 2012.

Olímpica não determinou quais obras serão consideradas necessárias para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Prevendo uma eventual demora na definição da Carteira de Projetos Olímpicos pela APO, a Lei nº 12.462/11 possibilitou às contratações necessárias à realização dos Jogos Olímpicos a adoção do regime diferenciado, somente se elas forem imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico e a sua necessidade for fundamentada.

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

A Administração também poderá realizar a licitação e a contratação com o RDC, quando se destinarem a projetos pertencentes à Copa das Confederações 2013 e à Copa do Mundo Fifa 2014. Todavia, somente serão feitos desta forma se forem qualificadas previamente Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor.

O Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014, criado pelo Decreto de 14 de janeiro de 2010, é um órgão subordinado ao Comitê Gestor do mesmo evento. Aquele tem como uma de suas atribuições a coordenação e a aprovação das atividades governamentais referentes à Copa do Mundo desenvolvidas por órgãos e entidades da administração federal direta e indireta ou financiadas com recursos da União, inclusive mediante patrocínio, incentivos fiscais, subsídios, subvenções e operações de crédito.¹³²

Além disso, as obras públicas se restringem às constantes da Matriz de Responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹³³

No uso de suas atribuições, publicou a Resolução nº 4, de 7 de março de 2012, na qual estabeleceu “os critérios necessários à aprovação das atividades governamentais para a realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014”,¹³⁴ nos seguintes termos:

¹³²De acordo com o art. 3º, IV, do Decreto de 14 de janeiro de 2010.

¹³³A matriz de responsabilidades é o documento que tem como pretensão definir as obras e responsabilidades da União, Estado, Distrito Federal ou Municípios para a execução das medidas conjuntas e projetos para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014. Disponível em <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/sobre-a-copa/matriz-de-responsabilidades>>. Acesso em 13 nov. 2012.

¹³⁴MINISTÉRIO DO ESPORTE. Resolução n. 4, de 7 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=113&data=09/04/2012>>. Acesso em 27 nov. 2012.

Art. 1º As atividades governamentais desenvolvidas por órgãos e entidades da administração federal direta e indireta, ou financiadas com recursos da União, inclusive mediante patrocínio, incentivos fiscais, subsídios, subvenções e operações de crédito, para serem consideradas como integrantes do conjunto de ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e Copa do Mundo FIFA 2014, devem ser submetidas à avaliação do GECOPA para aprovação.

§ 1º As atividades governamentais que não forem aprovadas pelo GECOPA não serão consideradas como integrantes do conjunto de ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e Copa do Mundo FIFA 2014, exceto nas hipóteses de que trata o art. 2º desta Resolução.

§ 2º O GECOPA poderá não conhecer dos pedidos de que trata o caput se não for demonstrada relação direta com a Copa das Confederações FIFA 2013 ou com a Copa do Mundo FIFA 2014.

Art. 2º Estão dispensadas da análise e aprovação pelo GECOPA as atividades governamentais de que trata o art. 1º desta Resolução, cujas despesas:

I - estejam especificamente previstas em ação orçamentária destinada à realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014;

II - se refiram a ações que já tenham sido discriminadas pelo GECOPA com base no inciso III do art. 3º do Decreto de 14 de janeiro de 2010, incluído pelo Decreto de 26 de julho de 2011;

Parágrafo único. A dispensa de que trata este artigo não exime os órgãos e entidades do dever de comunicar ao Portal de Transparência, nos termos do Decreto 7.034, de 15 de dezembro de 2009.

Com o fim de cumpri-la, no dia 03 de abril de 2012, o GECOPA publicou a Resolução nº 05, na qual realizou chamada pública para a seleção de projetos que receberão a chancela de Programação Programação Oficial do Governo Federal na Promoção do Brasil pela realização da Copa do Mundo FIFA.¹³⁵

Após diversas mudanças na Matriz de Responsabilidade, foi aprovada a Resolução nº 16¹³⁶, de 27 de setembro de 2012, a qual concedeu a Chancela necessária para integrar a Programação do Brasil para a realização da Copa do Mundo FIFA de 2014, aos projetos selecionados na forma da Resolução GECOPA nº 13, de 22 de agosto de 2012.¹³⁷

As obras de infraestrutura e a contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação, distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II, estão especificamente previstos na Matriz de Responsabilidades anteriormente mencionada.

Além das licitações e contratos realizadas para a realização dos já referidos eventos esportivos, a Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012, inseriu o inciso IV no art. 1º da Lei nº

¹³⁵MINISTÉRIO DO ESPORTE. Resolução n. 5, de 3 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=142&data=11/04/2012>>. Acesso em 20 nov. 2012.

¹³⁶MINISTÉRIO DO ESPORTE. Resolução n. 16, de 27 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=28/09/2012&jornal=1&pagina=131&totalArquivos=264>>. Acesso em 20 nov. 2012.

¹³⁷MINISTÉRIO DO ESPORTE. Resolução n. 13, de 22 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=28/09/2012&jornal=1&pagina=131&totalArquivos=264>>. Acesso em 20 nov. 2012.

12.462/11. Este inciso inclui as licitações e contratações realizadas nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) no rol das abrangidas pelo RDC.¹³⁸

A inserção deu-se, de acordo com os relatores da lei no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, em virtude do sucesso que o RDC obteve após um ano de vigência. O relator-revisor da matéria no Senado, senador Renan Calheiros (PMDB-AL), declarou que o RDC apresentou resultados positivos, com a redução no tempo médio dos processos licitatórios de 240 para 80 dias – em alguns casos tendo o processo concluído em até 20 dias – e a redução média de 15% nos custos das obras.¹³⁹ Neste mesmo sentido, o Deputado Pedro Uczai (PT-SC) aponta que, no contexto de incertezas sobre o quadro econômico mundial, se torna necessário que o Brasil encontre meios mais eficientes na indução do seu próprio crescimento.¹⁴⁰

Por fim, a Lei nº 12.722/12 adicionou ao art. 1º da lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas o § 3º, o qual declarou que ele “*também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.*”

Portanto, resta cristalino o âmbito de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o qual difere da Lei nº 8.666/93. Ela possui uma base de aplicação mais ampla. Por se tratar da Lei Geral de Licitações, como mencionado anteriormente, ela é aplicada a todas as obras, serviços, compras, alienações e locações realizadas pelo Poder Público da União, dos Estados e dos Municípios.

Entretanto, este âmbito restrito de aplicação, que dá aos órgãos do Executivo a escolha das obras e serviços necessários à realização dos eventos esportivos, também é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.655 e nº 4.645 promovidas, respectivamente, pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelos Partidos Políticos.

Alegam que, de acordo com o art. 22, XXVII, e o art. 37, *caput* e XXI, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação seria da União. Dessa forma, os arts. 1º, I e II, e 65 da Lei 12.462/11 que delegam a órgãos do Poder Executivo - Autoridade Pública Olímpica e o Grupo Executivo do Comitê Gestor da Copa – a escolha de quais obras, serviços e compras que obedecerão ao Regime Diferenciado de Contratações feririam o texto constitucional.

¹³⁸ A lista com as mais de trinta mil obras abrangidas pelo Programa de Aceleração do Crescimento que poderão adotar o RDC está disponível em: <http://repositorio.dados.gov.br/governo-politica/administracao-publica/pac/pac_2012_04.xml>. Acesso em 12 nov. 2012.

¹³⁹ Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/aprovado-regime-diferenciado-de-contratacao-para-todas-as-obras-do-pac>>. Acesso em 12 nov. 2012.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=999304&filename=PPP+1+MPV55912+%3D%3E+MPV+559/2012>. Acesso em 12 nov. 2012.

Sustentam os autores que estes dispositivos não fixam parâmetros mínimos para identificar as obras, serviços e compras que poderão adotar o regime. Não estaria, pois, as licitações públicas definidas em lei, mas em ato do Executivo. Sendo assim, essa delegação viola o art. 37, XXI, CF/88, militando contra os princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da eficiência administrativa.¹⁴¹

Além disso, as regras de Direito Público, em especial as que versam sobre licitações, não poderiam ser normas dispositivas, pelo contrário, deveriam ser normas cogentes, as quais devem ser cumpridas sempre que o poder público se veja diante da necessidade de contratar obras, serviços, compras e realizar alienações.¹⁴²

De acordo com o MPF, o Poder Executivo tem demonstrado deficiências no planejamento e na organização da Copa do Mundo 2014, não tendo definido com antecedência as obras presentes na matriz de responsabilidade. O que, inclusive, já teria sido alvo de fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União (TCU), tanto no processo TC 023.921/2010-9, quanto no acórdão 1592/11-Plenário.

Declara, por fim, que essa delegação gera riscos ao patrimônio público, uma vez que por ocasião dos jogos Pan Americanos, a demora para identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados ocasionou um aumento do orçamento inicial de trezentos milhões de reais, para um gasto final na ordem de três bilhões de reais.

Em resposta à ação promovida pelos partidos políticos, a Advocacia Geral da União (AGU) declarou que o legislador não poderia determinar, antecipada e taxativamente, as obras necessárias à realização dos eventos esportivos, uma vez que a adoção de tal medida engessaria a atividade administrativa, bem como ocasionaria no descumprimento de normas incidentes.

Sustenta, ainda, que a adoção do regime diferenciado não é obrigatória, sendo facultado ao administrador adotá-lo. Da mesma forma, esta margem de discricionariedade também foi utilizada na Lei nº 10.520/01 que institui o pregão, regra considerada constitucional.

Em resposta à ação promovida pelo MPF, o Senado Federal sustentou que:

“O papel perfeitamente cumprido pela Lei 12.462/2011 era o de prescrever, de modo geral e abstrato, quais seriam as hipóteses de incidência do regime diferenciado de contratações e qual o iter procedimental por ele compreendido, ao

¹⁴¹MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição inicial. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁴²PSDB, DEM e PSS. Petição inicial. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 27 nov. 2012.

que chamamos de regime de licitação pública, em perfeita obediência ao art. 37, inc. XXI, da CF.

Há expressa exigência legal de vinculação teleológica entre a obra, o serviço ou a compra e a realização dos eventos esportivos. Sendo assim, a identificação dos objetos licitáveis pelos órgãos e entidades coordenadores e executores desses eventos esportivos constitui-se num mecanismo de adequação e controle da aplicação do regime diferenciado previsto na lei, e não num permissivo legal à utilização irregular desse regime.

Diante de todo exposto, reitera-se que o art. 1º, incs. I e II, e o art. 65 da Lei nº 12.462/2011 são integralmente constitucionais, porque preceitos gerais e abstratos que fixam suficientemente o âmbito de incidência do regime diferenciado de contratações, incumbindo a órgãos e entidades de caráter público tão somente identificar, no caso concreto (subsunção do fato à norma), quais obras, serviços e compras sujeitam-se ao regime especial, observado o critério teleológico trazido pela lei.”¹⁴³

Também em resposta à ação proposta pelo MPF, a AGU se manifestou no sentido de que os artigos da lei não delegam competência, mas reconhecem a competência constitucionalmente estabelecida, exercida conforme os requisitos legalmente estabelecido. Ressalta, neste sentido, que é de competência do Executivo a promoção do planejamento das contratações públicas, as quais deverão respeitar as demais normas aplicáveis. Sendo assim, a Lei nº 12.642/11 não delegaria competência ao poder executivo, mas salientaria a função administrativa,¹⁴⁴ ou seja, de ter a liberdade de planejar quais obras serão necessárias à realização dos eventos esportivos.

Diante do exposto, não há vício de constitucionalidade nas normas apresentadas.

Ocorre que a lei fixa parâmetros extremamente rígidos para quais obras poderão adotar o RDC. Tanto a Autoridade Pública Olímpica, quanto a Gerência Executiva do Comitê Gestor da Copa do Mundo, somente podem escolher as que tenham íntima relação com os eventos esportivos. Isso se torna perceptível na análise da já mencionada Matriz de Responsabilidades Consolidada. Todas as obras nela previstas se mostram necessárias para a realização da Copa do Mundo de 2014, tanto em relação à construção dos estádios, quanto na melhoria da mobilidade dentro do município e entre eles, bem como na melhoria das condições do turismo.

Além disso, a escolha por parte do Poder Executivo das contratações necessárias à realização dos eventos torna a Lei 12.462/11 exequível. Se a decisão acerca destas contratações obedecesse ao rito legislativo haveria uma demasiada demora para o início das

¹⁴³SENADO FEDERAL. *Ofício nº 0314/2011-PRESID/ADVOSF*, de 23 de setembro de 2011.48f. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 27 nov. 2012. p. 21-23

¹⁴⁴CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. *Informações nº 114/2011/GM/CGU/AGU*, nos autos do processo nº 00400.014534/2011-71, prestadas pela Consultoria-Geral da União. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

licitações, comprometendo o evento e tornando a Lei inócua. Sendo necessária a intervenção do legislador para esta escolha, não haveria mobilidade para a submissão de certas contratações ao regime, uma vez que, hipoteticamente, sempre que o administrador desejasse não realizar uma determinada obra, ou fazer uma outra que não prevista pela legislação – em caso de necessidade decorrente do interesse público – haveria a necessidade de se enviar uma proposta ao Legislativo para a alteração da Lei.

Por fim, a liberdade dada aos órgãos pertencentes ao Poder Executivo para escolher quais são as contratações necessárias à realização dos eventos esportivos não fere os dispositivos constitucionais mencionados (art. 37, *caput* e inc. XXI, e art. 22, XXVII). Em primeiro lugar, as licitações realizadas de acordo com o Regime Diferenciado de Contratações obedecem inteiramente aos princípios da Administração pública,¹⁴⁵ uma vez que todos os atos do processo licitatório estão previstos em lei; não há margem para o administrador dar preferência a qualquer licitante; todas licitações que obedecerem o regime diferenciado serão conhecidas de antemão pela sociedade, em face da publicação prévia pela APO e pelo GECOPA, das contratações necessárias à realização dos jogos e da obrigação da opção pelo RDC constar na instrumento convocatório; e, este novo processo licitatório é mais eficiente que o antigo.

De forma semelhante, no julgamento da ADI nº1.668-5, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, foi dada interpretação conforme a Constituição Federal à norma que versava sobre a constitucionalidade da regra que possibilitou ao poder executivo elaborar normas próprias nas licitações e contratações realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações. De acordo com o relator, as normas específicas ficariam restritas ao atendimento das peculiaridades do serviço. Neste sentido

“Empresto ao dispositivo interpretação consuetudinária, sem redução do texto, com a Carta Federal. A competência ora atribuída ao Conselho Direto não há de resultar no afastamento das normas gerais e específicas de licitação previstas nas leis de regência. Deve ficar restrita ao atendimento de peculiaridades inerentes aos serviços, sem prejuízo, portanto, do sistema de licitação tal como existente na ordem jurídica em vigor.”

(ADI 1668 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127)

Isto posto, verifica-se que o executivo pode elaborar regras próprias sobre licitações, desde que se limitem a atender às peculiaridades inerentes à lei que as criou.

¹⁴⁵Art. 37, *caput*, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.”

Além disso, a opção pelo RDC não desobriga a Administração de licitar,¹⁴⁶ somente lhe dá uma alternativa mais célere e eficiente de realizar contratações.

Finalmente, a liberdade dada à Administração na escolha das contratações não tem o condão de ofender o art. 22, XXVII, da Carta Magna.¹⁴⁷ A Lei nº 12.462/11, criada pela União, estabelece com precisão que somente serão feitas no âmbito do RDC licitações cujos objetos se relacionem teleologicamente com as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014. Não sendo conferido ao Poder Executivo Federal o poder de legislar sobre o tema.

Dessa forma, percebe-se que a concessão que o Legislativo deu à Administração para definir as contratações necessárias à realização dos eventos esportivos, além de inteligente, pois somente ela possibilita a adoção do regime, é constitucional.

2.3 PRINCÍPIOS

A lei que institui o Regime Diferenciado de Contratação declara, em seu art. 3º, os princípios que deverão ser obedecidos quando da sua aplicação.

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

Dessa forma, percebe-se, em contraposição ao regime geral, que ele adota os mesmos princípios deste, excetuando-se: a eficiência e a economicidade.

A eficiência, como bem aponta Hely Lopes Meirelles, é o dever que impõe a todo agente público realizar suas obrigações com presteza, perfeição e rendimento funcional. Exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.¹⁴⁸

¹⁴⁶Obedecendo ao art. 37, XXI, da CF: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"

¹⁴⁷Diz o art. 22, da Constituição Federal: "Compete privativamente à 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 art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III."

¹⁴⁸MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 86.

Entretanto, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, tal princípio é tão fluido e de tão difícil controle, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 da CF, ou o extravasamento de uma aspiração daqueles que elaboraram o texto. Para o autor, a eficiência somente pode ser concebida quando idealizada no seio da legalidade.

Percebe-se, assim, a existência das posições antagônicas em relação a este princípio apontadas por Carlos Pinto Coelho Motta.¹⁴⁹ Segundo o autor, há duas vertentes distintas sobre a eficiência, de um lado a “tecnocrática”, busca dar um sentido mais amplo voltada para a qualidade final dos serviços públicos e a satisfação do usuário, e a “burocrática”, voltada para o estrito cumprimento dos procedimentos corretos, a ritualística e os controles. A primeira tem se tornado a doutrina predominante e adotado uma desburocratização e antiformalista, no sentido de sanar ou convalidar atos com certos vícios formais sujeitos à validação.

Neste contexto, o princípio da eficiência permeia todo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, na medida que, em primeiro lugar, o regulamento especial se direciona para a viabilização de eventos cuja complexidade e grandeza se contrapõe ao exíguo tempo de que dispõe para a preparação. A busca pela eficiência indica a persecução de interesses coletivos qualificados pela otimização do tempo, dos procedimentos e dos recursos.¹⁵⁰ Dessa forma, a eficiência se reflete na busca pela prestação do serviço público de forma mais benéfica aos administrados, porquanto instaura um processo mais célere e menos dispendioso. Isso se percebe das diretrizes que direcionarão as licitações e dos instrumentos voltados diminuição na duração de uma licitação (padronizações do objeto e dos contratos, contratação integrada, registros cadastrais, etc.) e um diminuição no valor das propostas (sigilo das proposta, modo de disputa aberto e em meio eletrônico, negociação com a proposta escolhida).

Em segundo lugar, a eficiência como meio de excluir o formalismo exacerbado, saneando ou convalidando certas nulidades, também é abrangida pelo RDC. Nos arts. 24, I, e 28, II, ambos da Lei nº 12.462/11, há, respectivamente, a previsão de que somente haverá a desclassificação das propostas e a anulação do processo, em caso de ocorrência de vícios insanáveis. Fica claro, destarte, que a Administração, quando verificar a ocorrência de vício sanável, poderá adotar medidas no sentido de torná-lo válido.

¹⁴⁹MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 15.

¹⁵⁰ ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, 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. p. 32..

Sendo assim, o princípio da eficiência recebe um tratamento especial, o qual deveria ser estendido à lei geral de licitações.

A economicidade, por sua vez, decorre diretamente, como mencionado por Marçal Justen Filho, do princípio da moralidade, uma vez que os recursos da Administração são escassos, é imperioso que eles produzam o melhor resultado econômico, tanto do ponto de vista quantitativo e quanto do qualitativo. O autor sustenta que o princípio é delimitado por três fatores. O primeiro relaciona-se com a previsibilidade, avaliando-a na data da prática do ato, não podendo haver a responsabilização do agente se a situação econômica se transformar. O princípio encontrará impeditivo de aplicação, também, quando se opuser a outros de hierarquia superior. Por fim, a economicidade deverá sempre obedecer às formalidades anteriormente previstas.

A instrumentalização deste princípio é tratada em diversos dispositivos da Lei nº 12.462/11. Estes buscam não só na ajuda da escolha da proposta mais vantajosa (sigilo do orçamento, negociação, modo de disputa aberto e em meio eletrônico), como também a diminuição dos custos a licitação (inversão das etapas de habilitação e julgamento e instituição da fase recursal única)

Em obediência aos princípios norteadores da licitação, principalmente os da eficiência e economicidade, serão observadas diretrizes:

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

I - 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;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

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

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

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

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

§ 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.

§ 2º *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.*

A adoção destas diretrizes tem por objetivo tornar as licitações do Regime Diferenciado de Contratações mais céleres e o tratamento dado aos licitantes mais isonômico (incisos I e II do *caput*), a economia na escolha das propostas (incisos III, IV e VI do *caput*) e o incentivo à economia do local de execução da obra (inciso V do *caput*). Além disso, as contratações deverão ter um respeito especial pelo meio ambiente, à região ao entorno da obra e aos portadores de necessidades especiais, (§§ 1º e 2º).

Dessa forma, no âmbito da Lei nº 12.462/11, a escolha tanto do legislador, quando elabora a Lei, quanto do administrador, nos momentos em que lhe é possibilitado agir com discricionariedade na criação e na condução do processo licitatório, têm a sua conduta permeada por tais princípios e diretrizes. Além disso, percebe-se que os novos instrumentos introduzidos pelo RDC buscam efetivar tais princípios, de forma a tornar todo este processo mais célere e econômico para a Administração.

2.4 MODALIDADE

A Lei 12.462/11 não se trata de uma reforma da Lei Geral de Licitações, mas de uma lei especial que institui uma nova modalidade de contratação, a qual será adotada somente mediante determinadas circunstâncias. Tanto que quando um procedimento for realizado no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações as normas contidas na Lei nº 8.666/93 serão afastadas, excetuando-se os casos previstos naquela Lei.¹⁵¹

Dessa forma, as licitações e contratações realizadas de acordo com o RDC possuem um rito próprio presente na Lei 12.462/11 e regulamentado no Decreto nº 7.581/11, que se assemelha à Lei Geral de Licitações, trazendo, entretanto, alguns elementos novos, os quais serão analisados a seguir.

¹⁵¹NESTER, Alexandre Wagner. *Os critério de julgamento previstos no Regime de Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 229.

2.5 ETAPAS

Em sua essência, as licitações realizadas de acordo com a Lei nº 8.666/93 não diferem das criadas no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Ambas possuem um procedimento muito semelhante, com fases interna, onde serão executados os atos que instruirão a licitação, e externa, quando os interessados apresentam a si e a suas propostas, os quais serão julgados pela administração.

Entretanto, devido a certas peculiaridades das licitações que obedecem ao RDC, tais como o incentivo à informatização, o sigilo dos orçamentos, o termo de referência, a contratação integrada, a inversão de fases, entre outros, as suas etapas possuem elementos próprios, criados com o fim de instrumentalizar estas inovações.

O presente trabalho, infelizmente, não pode analisar todas as minúcias apresentadas por esta nova lei, assim, passa-se exame de alguns dos seus mais importantes instrumentos.

2.5.1 Fase interna

Estabelecida pelo art. 12 da Lei nº 12.462/11 e delineada pelos artigos 4º a 12 do Decreto 7.581/11, a fase interna da licitação no RDC é caracterizada como sendo aquela em que *“a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para a caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame”*.¹⁵²

Nesta norma ela recebe um tratamento especial que é dispensado pela Lei Geral, pois estabelece minuciosamente o rol de ações que o agente estatal condutor da licitação deverá seguir. A lei geral, por sua vez, tem as suas regras esparsas no texto, não declarando de forma totalmente clara quais são os deveres da Administração na elaboração do certame.

A etapa interna de ambas as normas se assemelham, na medida em que os seus atos preparatórios preveem a definição do objetos, a elaboração dos orçamentos, dos editais e de cláusulas do contrato. A diferença entre as duas se encontra nos novos instrumentos trazidos pela Lei nº 12.462/11, os quais serão analisados a seguir.

2.5.1.1 Atos Preparatórios

¹⁵²Art. 4º do Decreto nº 7.581/11.

O art. 4º do Decreto nº 7.581/11 impõe a adoção de três tipos de atos preparatórios da licitação: as justificativas (incisos I, III, IV e IX), as definições (inciso II) e os documentos (incisos V, VII, VIII, X, XI e XII).

Por se tratar de norma especial, a licitação realizada no âmbito do RDC não se aplica a todas as contratações, mas somente a algumas situações especificadas pela lei (art. 1º da Lei nº 12.462/11). Nestes casos, serão afastadas as normas contidas na Lei Geral de Licitações, aplicando-se somente o Regime Diferenciado. Tal decisão deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório (§ 2º).¹⁵³

Nestes termos, o art. 4º, I, do Decreto nº 7.581/11 declara que o primeiro ato preparatório na elaboração de uma licitação será a justificativa da adoção do novo regime. A Administração, portanto, é obrigada a demonstrar que o objeto da contratação é necessário à realização dos eventos esportivos previstos no art. 1º do comando legislativo.

Além das justificativas, a entidade que deseja contratar deve elaborar uma série de definições, com fim de caracterizar todos os aspectos da licitação e do seu objeto. Entre elas, importa destacar dois instrumentos trazidos pelo novo regime. Um se refere à elaboração do procedimento da licitação, indicando a forma de execução dos contratos de obras e serviços e o outro ao seu modo de remuneração.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas possibilita a adoção das mesmos modos de execução de obras da lei geral, criando somente um novo regime de execução indireta, a contratação integrada.

Ela consiste na contratação de todas as etapas da obra ou serviço de engenharia, desde a elaboração e o desenvolvimento do projeto básico e executivo, passando pela execução, até a sua entrega em condição de operação de acordo com os requisitos estabelecidos no ato convocatório (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.642/11).¹⁵⁴ Sendo assim, há uma dispensa do projeto básico como componente do instrumento convocatório, cuja elaboração ficará a cargo do contratado, e será substituído por um anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos hábeis a possibilitar a caracterização do objeto contratual.

Tal documento não possui a mesma abrangência do projeto básico, porém estabelece alguns critérios mínimos para a especificação do objeto do certame, devendo:

¹⁵³A obediência a tal disposição, por exemplo, pode ser visualizada nas licitações realizadas pela Infraero, uma vez que a opção pelo RDC consta no título da licitação. Disponível em: <http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/PesquisaLicitacao>. Acesso em 21 nov. 2012.

¹⁵⁴Como bem destaca Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer, a contratação integrada se assemelha ao regime de empreitada integral, na medida em que ambos buscam dar ao particular uma margem de autonomia mais ampla. A sua distinção reside no fato de que a contratação integrada concede a ele a criação do projeto básico, o que aumenta a sua liberdade. In: REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 150-151.

- 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;

Em relação ao anteprojeto de engenharia, o art. 74, § 1º, do Decreto nº 7.581/11 completa:

- § 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:
- I - concepção da obra ou serviço de engenharia;
 - II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;
 - III - levantamento topográfico e cadastral;
 - IV - pareceres de sondagem; e
 - V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

O orçamento detalhado com o custo total da obra terá por fundamento o valor estimado do empreendimento, que será baseado “*nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica*” (art. 9º, § 2º, II, da Lei nº 12.462/11).

A falta de segurança no valor do orçamento pode gerar, a princípio, uma discrepância entre a avaliação realizada e o real custo da obra, possibilitando a oneração exagerada dos cofres públicos, diante da apresentação dos termos aditivos dos contratos firmados. Contudo, o art. 9º, § 4º, da lei veda a sua celebração, salvo nos casos em que se mostra necessária a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (inciso I), decorrente de caso fortuito ou força maior, ou quando, a pedido da Administração, se mostrar imprescindível a alteração do projeto ou das especificações para a sua adequação aos objetivos da contratação, obedecendo os critérios da Lei Geral de Licitações¹⁵⁵.

Percebe-se, assim, que a insegurança que a retirada do projeto básico do ato convocatório pode causar na avaliação do valor a ser gasto na obra ou serviço, se justifica na medida em que atribui ao particular a responsabilidade pela elaboração daquele. Em caso de

¹⁵⁵Diz o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93: “O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

necessidade de revisão do projeto, será dele a obrigação de arcar com os custos decorrentes, dando maior estabilidade, em termos financeiros, ao ente público.¹⁵⁶

Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, a contratação integrada tem preferência na escolha da forma de execução do contrato (§ 1º, art. 8º). Quando escolhida deve haver a justificativa técnica e econômica da sua utilização (art. 9º, caput). Por fim, o critério de julgamento será o de técnica e preço (art. 9º, § 2º, III).

Com relação à obrigatoriedade da utilização deste critério, cumpre mencionar que é ideal para contratações de um prestador altamente qualificado, tendo em vista um objeto licitado mais complexo. Sobre esse tema, Alexandre Wagner Nester declara:

“Isso se revela, por exemplo, nos casos de obras de engenharia a serem executadas sob o regime de contratação integrada, previsto no RDC. Trata-se, afinal, do regime de execução mais amplo e complexo.

....

A especificidade da contratação justifica a aplicação desse dispositivo (critério de técnica e preço), precisamente porque a escolha da proposta mais vantajosa na contratação integrada exige que se verifiquem as diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, a fim de se pontuar as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução”¹⁵⁷

A incorporação da contratação integrada ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas tem por objetivo principal, de acordo com o legislador, tornar mais céleres as licitações, na medida em transfere à empresa vencedora do certame a responsabilidade pela elaboração de toda a obra, desde o projeto básico até a entrega da obra em condições de uso. Dessa forma, há a dispensa da obrigação da Administração de ter de contratar uma empresa apenas para elaborar o projeto básico e executivo. Além disso, ressalta o rigor que a lei especial trata a questão dos aditivos aos contratos, ao claramente impedir a sua celebração fora dos casos previstos na lei geral.¹⁵⁸

Tal não é o entendimento do Ministério Público Federal. Na ADIn 4.655, o *parquet* alega que os artigos que tratam da contratação integrada no âmbito da Lei nº 12.462/11 estão em desconformidade com o art. 37, XXI, da Carta Magna, com relação ao princípio da isonomia e da moralidade. Assevera que o anteprojeto de engenharia, que substitui o projeto

¹⁵⁶REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 154-155.

¹⁵⁷NESTER, Alexandre Wagner. *Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 236-237.

¹⁵⁸BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei de Conversão n. 17/11*. Parecer do relator-revisor Senador Inácio Arruda (PCdoB-CE). Brasília, DF, 05 jul. 2011. 26. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/93007.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2012.

básico, não é suficiente para caracterizar o objeto da licitação, o que impede o tratamento isonômico dos concorrentes, na medida que extrai a objetividade do julgamento. Sustenta, ainda, que este modelo de execução permite que se concentrem num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra e/ou serviço, desvirtua todos os propósitos da licitação.¹⁵⁹

Os partidos políticos, ao seu turno, declaram que a contratação integrada fere o princípio constitucional do julgamento objetivo, na medida que o somente projeto básico é capaz de delimitar apropriadamente o objeto da obra ou serviço, sendo o anteprojeto de engenharia insuficiente de fazê-lo, o que determinaria uma subjetivação no julgamento do certame.¹⁶⁰

Em resposta ao órgão Federal nos autos da ADIn 4.655, a AGU¹⁶¹ atacou a sua argumentação, declarando que não restou comprovada a alegada insuficiência do anteprojeto de engenharia em delimitar o objeto. Sustenta que este é totalmente capaz de realizar a caracterização do objeto.

Em defesa da contratação integrada, argumenta que ela dá maior liberdade ao contratado no planejamento e na execução da obra, possibilitando a adoção de soluções inovadoras, ao incorporar métodos mais eficientes e emprestar à obra pública o *know-how* do setor privado. Acrescenta que, ao assumir a responsabilidade pelos projetos básicos, o particular admite os riscos associados à execução da obra, devendo arcar com as despesas de qualquer falha nos projetos, uma vez que a concessão de aditivos aos contratos é limitada. O regime especial, assim, dá mais segurança em relação aos custos na medida em que o preço inicial da contratação será o efetivamente desembolsado pela Administração ao final do contrato. A Lei nº 8.666/93, por sua vez, não dá esta segurança, haja vista que o valor contratado, em diversas oportunidades, não corresponde à quantia paga ao final do contrato, em razão dos sucessivos aditivos.

Por fim, cita como exemplo de legislação que incorporou a contratação integrada, a da União Europeia através da Diretiva 2004/18, do Parlamento Europeu e dos Estados Unidos, que permite um processo de seleção para projetar e construir. No ordenamento pátrio cita o Decreto 2.745/98, que regula os processos licitatórios da Petrobras, o qual define:

¹⁵⁹MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição inicial. ADIn n. 4.655. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁶⁰PSDB, DEM e PSS. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 27 nov. 2012.

¹⁶¹CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. Informações n. 114/2011/GM/CGU/AGU, nos autos do processo nº 00400.014534/2011-71. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

“1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.”¹⁶²

Nesta mesma linha, o Senado Federal, em resposta à ADIn nº 4.655, aduz que além do anteprojeto de engenharia ser suficiente para definir o objeto da licitação, prevenindo o julgamento subjetivo, a contratação integrada restringe consideravelmente as possibilidades de aditamento contratual, evitando o encarecimento da obra, contribuindo para a seleção da proposta mais vantajosa.¹⁶³

A Advocacia Geral da União, nas informações prestadas nos autos da ADIn nº 4.645, defende que o projeto básico não é *conditio sine qua non* para uma contratação impessoal, tendo em vista que os documentos que acompanham o anteprojeto de engenharia tornam possível uma escolha realizada em critérios objetivos. Acrescenta, que as contratações integradas proporcionam um processo licitatório mais célere, uma vez que, em vez de duas licitações do lei geral – o primeiro tendo por objeto a elaboração do projeto básico e o segundo a execução da obra – tem-se apenas uma, para a contratação da empreiteira, fundamentado no anteprojeto de engenharia.¹⁶⁴ Cita o Decreto nº 2.745/98, que regula o procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS, como exemplo de legislação brasileira em que o regime de contratação integrada foi adotado.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da constitucionalidade do referido decreto, nos seguintes julgados: MS-ED 25.986, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 30.6.2006; MS-MC 26.783, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 1º.8.2007; MS 27.232, Rel. Min. Eros Grau, *DJe* nº 90/2008, divulgado em 30.5.2008; MS 27.743, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 237/2008, publicado 15.12.2008; MS 28.745, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 12.5.2010; MS 28.626, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 4.3.2010; MS 27.796, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 6.2.2009; MS 28.897, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 2.8.2010.

Diante do exposto, resta evidente que a contratação integrada não ofende o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

O anteprojeto de engenharia, obviamente, não possui a mesma capacidade de delimitar o objeto da licitação como o projeto básico. Entretanto, o documentos exigidos tanto pela Lei

¹⁶²Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁶³SENADO FEDERAL. *Ofício N° 0314/2011-PRESID/ADVOSF*, de 23 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁶⁴ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Manifestação quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 nov. 2012.

nº 12.462/11, quanto pelo Decreto nº 7.581 se mostram suficientes para caracterizar, mesmo que minimamente, o objeto, não obstante o princípio do julgamento objetivo.

Não obstante, os benefícios trazidos por tal forma de execução de contrato são imensos, haja vista a celeridade dos processos licitatórios, em face da ausência de projeto básico a licitar, e o significativo aumento da responsabilidade do particular sobre a obra, diminuindo a participação da Administração em caso de falhas do projeto.

Este último ponto pode ser exemplificado da seguinte forma. A Administração decide realizar uma licitação e orça determinada obra no valor de dez. Após apresentadas as propostas, a declarada vencedora se propõe a realizar a obra por nove, se obrigando neste valor. Caso, porventura, houver alguma falha no projeto e o seu custo real for onze, o particular arcará com os prejuízos, uma vez que se obrigou em nove. Não há previsão legal para a concessão de aditivos contratuais para eventuais erros nos projetos, neste tipo de contratação. No caso das outras formas de execução que obedecem o disposto na lei geral, a entidade promotora do evento, de acordo com o art. 65, em caso de eventuais falhas em seu planejamento, deve alterar o contrato com o fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, a contratação integrada se mostra um ótimo meio de execução indireta do contrato, sendo desejável a sua adoção pelo regime geral de licitações.

O novo regime especial também inova com a instituição da remuneração variável, prevista no art. 10 da Lei nº 12.462/11. Utilizada somente na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, ela propicia que Administração remunere o contratado com valor variável, tendo por base metas, padrões, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega previamente definidos tanto no instrumento convocatório, quanto nos contratos.

De acordo com o § 1º do artigo que a institui, a sua adoção deverá ser devidamente motivada, respeitando o limite fixado pela Administração Pública para a contratação.

Este dispositivo também foi objeto da ADIn nº 4.645, proposta pelos partidos políticos. Alegam os autores que a remuneração variável aumentaria a discricionariedade dos agentes administrativos, o que ofenderia o art. 37 da Constituição Federal, uma vez que atentaria contra os princípios da moralidade e da impessoalidade. Sustentam que a regra fomentaria relações promíscuas entre o público e o privado, ao proporcionar ao gestor remunerar da forma que desejar o privado, com base em critérios vagos e imprecisos.

Não assiste razão aos autores.

Na remuneração variável, o contratado perceberá gratificação maior, na medida em que atingir metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital e no contrato. Estes critérios estão presentes no *caput* do art. 10 da lei. São eles: previsão de metas a serem

cumpridas durante a execução do contrato; exigência de padrões mais elevados de qualidade; adoção de medidas que propiciem às obras e serviços o cumprimento de ações que visem a sustentabilidade ambiental; e estabelecimento de um prazo de entrega mais restrito do que o previsto contratualmente. A adoção de qualquer destes critérios obrigatoriamente será amplamente motivada, justificando-se os parâmetros escolhidos para aferir o desempenho, o valor a ser pago e o benefício a ser gerado para a administração (art. 70, § 1º, do Decreto 7.581/11). Além disso, todos estes critérios devem ser alcançáveis, sob pena de se obstar os objetivos buscados pela utilização da remuneração variável.¹⁶⁵

Dessa forma, havendo parâmetros impostos pela lei e justificava da sua utilização pelo administrador, este instituto não permite o exercício de uma discricionariedade danosa ao ente público, preservando a moralidade e impessoalidade.

Além da sua constitucionalidade, a remuneração variável, se traduz como um ótimo instrumento para o aumento na qualidade das execuções dos contratos. Como descreve Rafael Wallbach Schwind, ela está vinculada tanto à obtenção de um benefício adicional pela Administração Pública, o qual justificará o pagamento de um valor superior, quanto à uma elevação dos riscos assumidos pelo contratado, em função da incerteza que a remuneração vinculada ao resultado pode causar.¹⁶⁶

Não se trata de um agravamento da situação de qualquer das partes, mas de encontrar a justa medida entre a relevância do benefício almejado e o montante da remuneração a ser pago. Deste modo, o impacto das reais vantagens deve ser estipulado e avaliado em cada caso, com o objetivo de que o valor devido seja dimensionado de modo justo.¹⁶⁷

A remuneração vinculada ao desempenho não é novidade na prática administrativa brasileira. A título de exemplo, menciona-se a contratação realizada pelo Município de Jacareí de uma empresa de tecnologia, com o fim do desenvolvimento de *software* para a melhoria da arrecadação de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza. Nela a remuneração ficou vinculada a obtenção do benefício de que a arrecadação ficasse acima da média mensal preestabelecida.

Na análise do caso o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou válida a forma de remuneração, declarando:

¹⁶⁵SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 181.

¹⁶⁶*Ibidem*, p. 173.

¹⁶⁷*Ibidem*, p. 173.

“Quanto à forma de remuneração da contratada, verifica-se que o valor é fixo e será pago somente se a empresa atingir a performance mínima, qual seja, arrecadação acima da média mensal de arrecadação estabelecida.

*.....
Trata-se de um contrato em que o risco recai sobre a contratada, em função da eficiência do seu programa de arrecadação, não havendo prejuízo para a Fazenda Municipal.”¹⁶⁸*

Por fim, a utilização da remuneração variável deve respeitar os limites orçamentários (art. 10, Parágrafo único), prevendo valores condizentes com os benefícios que trará.

Portanto, a este instituto se mostra um ótimo meio de incentivar o contratado a realizar a obra ou serviço com excelência, sendo desejável a sua adoção pelo regime geral de licitações.

Elaboradas as justificativas e as definições, passa-se, à criação dos documentos necessários à instituição do processo licitatório. Dentre eles, o que merece destaque, além o anteprojeto de engenharia, já mencionado, é o termo de referência. Ele é o conjunto de elementos hábeis a precisar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos (art. 4º, VII). É um documento elaborado pela Administração que apresentará aos licitantes as características do objeto licitado e a maneira como se dará a execução do contrato¹⁶⁹. O termo tem o mesmo objetivo do projeto básico, entretanto, enquanto o este se refere a obras e serviços de engenharia e aquele à contratação de serviços – que não os de engenharia – e a aquisição de bens.

Por fim, o art. 5º do Decreto¹⁷⁰ possibilita ao termo de referência, ao projeto básico ou executivo prever requisitos de sustentabilidade ambiental além dos previstos na legislação.

Previsto, também, em outros dispositivos do Decreto 7.581/11 (art. 29, § 2º; art. 31, § 2º; art. 70), procura assegurar que o Estado aja de forma sustentável, protegendo as gerações futuras dos prejuízos das atividade hoje desenvolvidas.¹⁷¹ Apesar da sua importância, a sua aplicação deve ser feita com as seguintes ressalvas.

Primeiramente, as exigências acerca do desenvolvimento sustentável devem estar prevista no edital, os quais não podem ser excessivos de modo a frustrar a competitividade do certame. Assim, os critérios de sustentabilidade devem ser bem delimitados pela

¹⁶⁸TJSP. Apelação Cível nº 990.10.059277-7, 3ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Marrey Uint. Julg. 30 nov. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4838944&v1Captcha=ixsan>>. Acesso em 27 de nov. de 2012.

¹⁶⁹MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A fase interna e o instrumento convocatório no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, 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. p. 58

¹⁷⁰Decorrente do art. 14, II, da Lei nº 12.462/11.

¹⁷¹MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *op. cit.*, p. 60.

Administração. Quando da sua adoção, haverá o detalhamento dos motivos, demonstrando-se os benefícios concretos que ela acarretará.

Além disso, é necessário que se faça uma ponderação entre os custos de se exigir que propostas seja sustentáveis, cabendo ao responsável pela elaboração da licitação demonstrar que o interesse coletivo a ser atingido justifica os custos adicionais.

A última ressalva diz respeito à impossibilidade de se confundir o desenvolvimento nacional sustentável com a mera obediência à legislação ambiental ordinária. A observação destas regras é obrigatória, já aquela se constitui um adicional em relação às mencionadas normas. Por isso, serão objeto de amplo exame e justificação na fase interna das licitações do RDC.¹⁷²

2.5.1.2 Comissão de Licitação

Prevista no art. 34 da Lei 12.462/11, a Comissão de Licitação possui as mesmas composição e responsabilidade previstas na Lei Geral. A diferença entre os dois diplomas normativos reside no rol de competência da comissão de licitação é estendido, de forma que sua atuação se torna mais efetiva.

O § 1º do referido dispositivo delega à Administração a tarefa de reger o funcionamento das comissões por meio de regulamento.

Nesta esteira, o art. 7º do Decreto nº 7.581/11 declara quais atividades serão exercidas pelos integrantes da comissão:

Art. 7º São competências da comissão de licitação:

I - elaborar as minutas dos editais e contratos ou utilizar minuta padrão elaborada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, e submetê-las ao órgão jurídico;

II - processar licitações, receber e responder a pedidos de esclarecimentos, receber e decidir as impugnações contra o instrumento convocatório;

III - receber, examinar e julgar as propostas conforme requisitos e critérios estabelecidos no instrumento convocatório;

IV - desclassificar propostas nas hipóteses previstas no art. 40;

V - receber e examinar os documentos de habilitação, declarando habilitação ou inabilitação de acordo com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VI - receber recursos, apreciar sua admissibilidade e, se não reconsiderar a decisão, encaminhá-los à autoridade competente;

VII - dar ciência aos interessados das decisões adotadas nos procedimentos;

VIII - encaminhar os autos da licitação à autoridade competente para adjudicar o objeto, homologar a licitação e convocar o vencedor para a assinatura do contrato;

IX - propor à autoridade competente a revogação ou a anulação da licitação; e

¹⁷²MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A fase interna e o instrumento convocatório no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, 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. p. 61.

X - propor à autoridade competente a aplicação de sanções.

2.5.1.3 Ato Convocatório

O edital, como mencionado, é a lei interna da licitação. Nele a Administração estabelece as regras que conduzirão todo o processo.

Em sua essência, o ato convocatório das licitações realizadas no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas não difere previsto na Lei Geral de Licitações. Ambos são responsáveis por tornar públicas as regras da licitação, declarando o seu objeto, as características do certame, exigências porventura necessárias, entre outros. A distinção se encontra na necessidade de apresentação, ou de sigilo, de alguns dos novos instrumentos do regime. Passa-se ao exame dos mais importantes.

O RDC dá um enfoque especial à eficiência do processo licitatório, procurando dar maior celeridade. Além dos outros instrumentos já referidos, houve uma diminuição nos prazos mínimos para a apresentação das propostas. São os seguintes:

I - para aquisição de bens:

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

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

II - para a contratação de serviços e obras:

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

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

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

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

Um dos pontos mais polêmicos da Lei nº 12.462/11 é o sigilo do orçamento estimado, que, obviamente, não fará parte do ato convocatório.

O art. 6º do diploma declara que ele somente será tornado público após o encerramento da licitação, definido pelo art. 9º do Decreto nº 7.581/11 como o momento imediatamente após a adjudicação do objeto. Além da ausência de publicação, a informação acerca do valor orçado terá caráter sigiloso nos termos do §3º do referido art. 6º.

A ausência de orçamento no edital não impede a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (art. 6º, *caput*), uma vez que essa é imprescindível para este fim.

O controle da validade do orçamento realizar-se-à pelos órgãos de controle externo e interno, nos quais será restrita e permanentemente disponibilizado (art. 6º, § 3º).

Há, entretanto, exceção a regra do sigilo nos casos em que o critério de julgamento escolhido for maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior oferta, os quais terão, respectivamente, seu orçamento, o valor do prêmio ou da remuneração e o preço mínimo de arrematação incluídos no instrumento convocatório (art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei e art. 9º, § 2º, III, do Decreto).

Importa registrar que a ausência de publicação não permite a dispensa da elaboração do orçamento, como se percebe dos seguintes dispositivos da lei: art. 2º, Parágrafo Único, VI (o projeto básico conterá orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados); art. 9º, § 2º, II (em caso de contratação integrada em que há a dispensa do projeto básico, 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 do Decreto, o art. 4º, II, b (na fase interna haverá a definição do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado). Dessa forma, a obrigatoriedade de criação de um orçamento resta evidente, dispensando-se somente a sua publicação junto ao edital em determinados casos.

Neste ponto, a distinção entre o Regime Diferenciado de Contratações e a Lei Geral de Licitações resta evidente, uma vez que todo o processo licitatório do regime ordinário é publicizado, sendo obrigatória a divulgação do orçamento, em conformidade com os seguintes dispositivos: art. 3º, § 3º¹⁷³, art. 40, § 2º, II; e art. 44, *caput* e § 1º.

O sigilo do orçamento foi adotado, de acordo com o relator do PLV no Senado Federal, Senador Inácio Arruda, com o fim de combater os cartéis. Sustenta que em um mercado cartelizado, os agentes econômicos combinam como se comportarão no certame, de forma que somente um ofertante, previamente escolhido pelo cartel, ofertará proposta com margem de desconto mínima em relação ao orçamento prévio feito pela Administração, frustrando a busca pela melhor proposta. Declara que se o orçamento não for divulgado, haverá incentivo à redução de preços, uma vez que são desclassificadas as propostas com valores superiores ao limites estabelecidos pela Administração. Além disso, o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União não foi inibido com a edição da nova lei,

¹⁷³O sigilo da licitação, em comparação do a Lei Geral de licitações, entra em confronto, especialmente, com o art.3º, § 3º, da Lei Geral, na medida em que este claramente institui: “§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. ”

permitindo uma fiscalização rigorosa dos recursos públicos utilizados e a imposição de penalidades severas àqueles que agirem de forma improba¹⁷⁴.

O parecer emitido pela AGU em resposta à ADIn movida pelos partidos políticos, da mesma forma, aduz que a medida tem por fim a proteção ao erário, assegurando que as propostas correspondam a um valor pelo qual os licitantes estejam dispostos a executar a obra, sem que os preços convirjam artificialmente para patamares próximos ao orçamento anunciado. Ante o desconhecimento do preço anunciado, a tendência é que os licitantes apresentem propostas mais atrativas, atendendo os princípios da eficiência e da economicidade¹⁷⁵.

Neste sentido, Juan-José Ganuza, em estudo realizado no campo das ciências econômicas acerca da limitação de informações dadas aos ofertantes, declara que a restrição de informações aos concorrentes, os colocará em posição de igualdade, o que aumentará a competitividade e, conseqüentemente, os benefícios para a entidade que promove a licitação.¹⁷⁶ Em suas palavras: “*the auctioneer will restrict the information released to the market in order to make the potential bidders more homogeneous, with the underlying goal of intensifying competition and increasing his expected revenue.*”¹⁷⁷

Acompanhando esta teoria, a cartilha publicada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com orientações para os governos combaterem cartéis em licitações públicas, declara que:

4. DESIGN THE TENDER PROCESS TO EFFECTIVELY REDUCE COMMUNICATION AMONG BIDDERS

.....
Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority.¹⁷⁸

¹⁷⁴BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei de Conversão n. 17/11*. Parecer do relator-revisor Senador Inácio Arruda (PCdoB-CE). Brasília, DF, 05 jul. 2011. 26f. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/93007.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2012.

¹⁷⁵ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Manifestação quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁷⁶GANUZA, Juan-José. *Ignorance Promotes Competition: An Auction Model With Endogenous Private Valuations*. UPF Economics and Business Working Paper n. 671, Mar. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=428165>>. Acesso em: 24 de nov. de 2012.

¹⁷⁷Tradução nossa: “O leiloeiro irá restringir a informação divulgada ao mercado, a fim de tornar os licitantes potenciais mais homogêneos, com o objetivo subjacente de intensificação da concorrência e aumento da sua receita esperada”. In: GANUZA, Juan-José. *Ignorance Promotes Competition: An Auction Model With Endogenous Private Valuations*. UPF Economics and Business Working Paper n. 671, Mar. 2003. p. 16. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=428165>>. Acesso em: 24 de nov. de 2012.

¹⁷⁸Tradução nossa: “PROJETE O PROCESSO DE LICITAÇÃO PARA REDUZIR EFETIVAMENTE A COMUNICAÇÃO ENTRE CONCORRENTES. Use um preço de reserva máxima só se for com base em pesquisa de mercado completa e os funcionários estarem convencidos de que é muito competitivo. Não publicar o preço de reserva, mas mantê-lo confidencial no arquivo ou depositá-lo com outra autoridade pública.”. In: OECD. *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*: helping government to obtain best value for

A Diretiva nº 2004/18 da União Europeia aprovada no Parlamento Europeu adotou esta diretriz, permitindo que não sejam publicadas informações relativas à adjudicação de um contrato, caso sua divulgação possa obstar a aplicação da lei; ser contrária ao interesse público; lesar os legítimos interesses comerciais de operadores econômicos ou prejudicar uma concorrência leal entre eles¹⁷⁹.

O Regulamento Federal de Aquisições Públicas dos Estados Unidos, por sua vez, assim dispõe¹⁸⁰:

36.203 Government estimate of construction costs.

(c) Access to information concerning the Government estimate shall be limited to Government personnel whose official duties require knowledge of the estimate. An exception to this rule may be made during contract negotiations to allow the contracting officer to identify a specialized task and disclose the associated cost breakdown figures in the Government estimate, but only to the extent deemed necessary to arrive at a fair and reasonable price. The overall amount of the Government's estimate shall not be disclosed except as permitted by agency regulations.¹⁸¹

Por outro lado, há quem aponte que o sigilo do orçamento da licitação não seria eficaz no sentido de diminuir os cartéis. Renato Monteiro de Rezende, em análise à Lei nº 12.461/11 realizada a serviço do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, diz que a mudança proposta com o fim de coibir a corrupção acaba por incentivá-la. Em primeiro lugar, defende que esta prática facilita a corrupção dos servidores que tiverem acesso às informações sigilosas. Da mesma forma, os ofertantes podem se recusar a baixar os preços de suas propostas, mantendo-as acima do orçamento estimado, o que obriga a Administração a realizar novos processos licitatórios, nos termos do art. 24, III, da Lei nº 12.462/11, até que o preço por ele oferecido se equipare ao constante no orçamento.¹⁸²

money. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42851044.pdf>>. Acesso em 24 nov. 2012.

¹⁷⁹UNIÃO EUROPEIA. Directive 24/18/EC. *EUR-Lex*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:en:NOT>>; Acesso em 24 nov. 2012

¹⁸⁰ESTADOS UNIDOS. Special Aspects of Contracting for Construction. *FAR*. Disponível em: <https://acquisition.gov/far/current/html/Subpart%2036_2.html#wp1084226>. Acesso em 24 nov. 2012.

¹⁸¹Tradução nossa: “36,203 Estimativa do governo de custos de construção. (c) O acesso a informações relativas à estimativa do governo deve ser limitado ao pessoal do governo cujas funções oficiais exigem o conhecimento da estimativa. Uma exceção a essa regra pode ser feita durante as negociações do contrato para permitir que o oficial de contratação para identificar uma tarefa especializada e divulgar os valores de custos associados discriminação na estimativa do Governo, mas apenas na medida considerada necessária para se chegar a um preço justo e razoável. O montante global da estimativa do Governo não deve ser divulgado, exceto conforme permitido pelas normas da agência.” In: ESTADOS UNIDOS. Special Aspects of Contracting for Construction. *FAR*. Disponível em: <https://acquisition.gov/far/current/html/Subpart%2036_2.html#wp1084226>. Acesso em 24 nov. 2012.

¹⁸²REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242410>>. Acesso em 24 nov. 2011.

Entretanto, em relação à eficácia do sigilo do orçamento como forma de diminuir o valor das propostas, evidencia-se, através dos estudos apontado e das práticas adotadas, que ele se mostra uma ótima ferramenta para a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração.

A ignorância dos licitantes sobre o valor estimado do objeto licitado impede que haja uma definição prévia das suas ofertas de modo a escolher artificialmente um vencedor. Isso obriga os ofertantes a diminuir o valor das propostas, na medida que ocorre a desclassificação daquelas que estiverem acima do estimado, conforme o art. 24, III, da Lei nº 12.462/11.

Se, porventura, a Administração aceitar ofertas superiores ao orçamento, caberá ao TCU tomar as medidas cabíveis para anular o processo. Haja vista o art. 6º do regime especial, que impõe a manutenção permanente da informação sobre o preço nos órgãos de controle externo e interno.

Por fim, o potencial descumprimento das regras previstas no regime especial, por agentes corruptos, não é capaz de macular a sua validade, na medida em que qualquer legislação é passível fraude. O legislador não pode se preocupar somente em impedir a má aplicação do diploma, sob pena de engessar atuação da máquina administrativa, obstando a concretização dos seus fins.

Diante do exposto, o sigilo do orçamento estimado na licitações realizadas no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas é instrumento totalmente eficaz no sentido de propiciar a escolha pela Administração da Proposta mais vantajosa.

Além da sua eficácia, outro ponto que gera polêmica acerca deste novo instrumento é a sua constitucionalidade, em face do princípio da publicidade.

Houve tal discussão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645, proposta pelos partidos político DEM, PSDB e PPS.

De acordo com os autores o § 3º do art. 6º da lei estabelece uma inversão da norma constitucional, ao adotar o sigilo do orçamento como regra, na medida em que este deve ter o tratamento de exceção dentro do ordenamento jurídico pátrio, como em caso de risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trate de informação que diga respeito à vida privada e a intimidade de cidadão. Declaram que todas as informações da atividade estatal devem ser abertas ao conhecimento da sociedade para que possa conhecer e controlar a atuação do poder público, advertindo que esse direito possui o caráter de fundamental de acordo a disposição contida no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Por fim, sustenta que

esta presunção de sigilo elide o dever constitucional da motivação dos atos jurídicos do Poder Público¹⁸³.

Em resposta, a Advocacia Geral da União declara que, neste caso, os princípios da moralidade e da publicidade são plenamente atingidos, haja vista a disponibilidade das informações sobre o valor estimado aos órgãos de controle durante o processo licitatório e a sua divulgação após o encerramento do certame.¹⁸⁴

O argumento utilizado pelos partidos políticos não tem o condão de tornar o art. 6º inconstitucional.

Primeiramente, é importante ressaltar que não há uma supressão da publicidade dos orçamentos prévios nas licitações realizadas por meio do RDC. O que ocorre, como bem apontado em parecer dado pela Associação Brasileira de Direito e Economia (ABD&E), em pedido de ingresso como *amicus curiae* na ADIn nº 4.645, é a sua postergação. A publicidade do orçamento não será realizada no ato convocatório, mas somente após a adjudicação do objeto do certame. Nas palavras da associação há o “*diferimento da publicidade*”.¹⁸⁵ Sendo assim, a obediência ao princípio da publicidade, em sua essência, é mantido pelo regime especial de licitações, o que ocorre é a sua ponderação frente a um interesse público de obter a proposta mais vantajosa para a Administração, nos termos da fundamentação supra.

Além disso, de acordo com Marçal Justen Filho, a publicidade desempenha as funções de dar acesso aos interessados em afluir ao certame e possibilitar a verificação da regularidade dos atos praticados.¹⁸⁶ Dessa forma, o sigilo do orçamento não apresenta qualquer ofensa a estas funções, na medida em que ele não restringe a publicação do edital e o, conseqüente, amplo conhecimento dos interessados. Do mesmo modo, como já mencionado, além dos órgãos de controle externo e interno possuírem intenso contato com orçamento sigiloso, podendo interferir na licitação em caso de ilegalidade, haverá a sua publicação imediatamente após a adjudicação do objeto licitado. Em caso de invalidade do orçamento, pelo fato da licitação se tratar de um processo administrativo, composto de uma série de atos interligados que buscam um fim, a nulidade de qualquer deles contaminará todo o certame e, também o contrato, os quais deverão ser anulados.

¹⁸³PSDB, DEM e PSS. Petição inicial. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 27 nov. 2012.

¹⁸⁴ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Manifestação quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁸⁵ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Memorial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁸⁶JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 66.

Na mesma linha, André Guskow Cardoso defende a constitucionalidade do instrumento. Sustenta que a publicidade das licitações objetiva a participação do maior número de interessados, a proteção à igualdade entre os licitantes, viabilização o amplo controle da atividade administrativa na licitação e do contrato dela decorrente. De outro lado a nova regra busca a maior competição entre os licitantes, e, conseqüentemente, a redução da possibilidade de conluio entre eles na participação em licitações e a obtenção de propostas mais vantajosas. Assim, além da regra do art. 6º da Lei nº 12.462/11 não ofender qualquer dos objetivos da publicidade das licitações, são gerados benefícios adicionais.¹⁸⁷

Por fim, com relação à alegada ofensa ao princípio da motivação, Marçal Justen Filho aduz que a ausência da publicidade é admitida nos casos em que o interesse público possa ser completamente atingido, desde que devidamente justificado e nos estritos limites da necessidade.¹⁸⁸ Neste termos, a adoção do sigilo do orçamento estimado pela Lei nº 12.462/11, se justifica pelos estudos apontados, pelas práticas em outros países e pelos motivos expostos pelo legislador nacional.

Em face do apresentado, o art. 6º obedece os princípios constitucionais da publicidade e da motivação, não padecendo de qualquer ofensa à Lei Maior. Portanto, ele não só é constitucional, como também é instrumento inteiramente eficaz para a seleção da proposta mais vantajosa, sendo desejável a sua adoção pelo regime geral de licitações.

2.5.1.4 Publicação

Há duas inovações trazidas pelo RDC à última etapa da fase interna da licitação.

A primeira, mais singela, prevista no art. 15, § 1º, II, da Lei nº 12.462, obriga a Administração a divulgar, não somente os extratos do edital nos Diários Oficiais e jornais de grande circulação, mas também o “*instrumento convocatório em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade responsável pelo procedimento licitatório.*” Dessa forma, o ente público deverá possuir, em seu sítio eletrônico, uma seção especial onde os editais de todos os processos licitatórios estarão disponíveis.¹⁸⁹

¹⁸⁷CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas*: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: 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. p. 87.

¹⁸⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 66

¹⁸⁹Esta obrigatoriedade já é amplamente cumprida atualmente. Na grande maioria dos sítios eletrônicos de órgãos públicos há uma seção especialmente dedicada às licitações. A título exemplificativo, o sítio eletrônico da Infraero possui uma seção própria onde podem ser visualizadas todas as licitações por ela realizadas. Disponível em: <http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/details/licitacao/pesquisa_licitacao.jsp>. Acesso em 23 nov.

A outra mudança trazida, muito mais polêmica, diz respeito ao art.15, § 2º, da Lei. O dispositivo impõe que, no caso de licitações cujo valor não “*ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia*”, é dispensada a publicação do extrato do seu edital nos Diários Oficiais e nos jornais de grande circulação.

A sua constitucionalidade foi atacada na ADIn 4.645, proposta pelos partidos políticos, os quais alegam que a publicação na rede mundial de computadores é efêmera e instável, não se prestando à plena efetivação do direito constitucional da publicidade. Além disso, não haveria justificativa para a dispensa da publicação no diário oficial.¹⁹⁰

Em resposta, a AGU alega que a ausência de divulgação do extrato do edital no Diário Oficial, não constitui ofensa ao princípio da publicidade, porquanto a Constituição Federal não determina os parâmetros de aplicabilidade do referido princípio. Declara que o meio mais utilizado pelos fornecedores para pesquisar sobre novas licitações é o acesso ao Portal de Compras do Governo Federal¹⁹¹. Relata que, em pesquisa realizada pelo próprio portal, a imensa maioria dos licitantes procura informações sobre novas licitações através dele, poucos procuram em jornais de grande circulação e praticamente nenhum na imprensa oficial. Acrescenta que a publicação dos certames nestes dois últimos meios representa um custo elevado para o ente público.¹⁹²

Pelo apresentado, a publicação do edital somente no portal do próprio órgão que promove a licitação não ofende o princípio da publicidade, na medida em que a ampla divulgação do processo licitatório pode ser plenamente realizada somente por meio da sua comunicação no portal eletrônico da entidade, uma vez que todos os eventuais interessados em concorrer no certame têm acesso à rede mundial de computadores. Não obstante, o exercício desta prática leva a Administração a uma imensa redução de custos, cumprindo fielmente o princípio da economicidade sem obstar o da publicidade.

A etapa interna é finalizada com a publicação do ato convocatório, havendo o início da fase externa.

2.5.2 Fase externa

2012.

¹⁹⁰ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Manifestação quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 nov. 2012.

¹⁹¹Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em 27 nov. 2012.

¹⁹²PSDB, DEM e PSS. Petição inicial. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.645*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 27 nov. 2012.

A etapa externa é aquela em que já publicado o edital, os interessados apresentam suas propostas e demonstram que cumprem o requisitos para participar do certame.

Esta fase, nas licitações que obedecem ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, em sua essência, não diferem da prevista na Lei Geral de Licitações. Em ambas ocorrem a habilitação, o julgamento das propostas e dos recursos, a homologação e a adjudicação. A distinção reside nas formas de realização e de disputa da licitação que a lei especial apresenta. Além disso, a negociação com o melhor colocado, a inversão as fases de habilitação e julgamento como regra e a consequente fase recursal única.

Passe-se, assim, ao estudo destas diferenças.

2.5.2.1 Formas de realização e de disputa da licitação

O art. 13 da Lei nº 12.462/11 decreta que as licitações realizadas no âmbito do RDC deverão utilizar preferencialmente a forma eletrônica.

Entretanto, como aponta Cesar A. Guimarães Pereira, a lei tratou do assunto de forma simplista, não provendo qualquer especificação mais detalhada sobre os procedimentos a serem adotados para a admissão da forma eletrônica. Apesar disso, o dispositivo não necessita de regulamentação posterior, basta que os atos convocatórios contenham minuciosamente a previsão do procedimento eletrônico a ser adotado.¹⁹³

O Decreto nº 7.581/11, em seu art. 13, § 2º, trouxe a possibilidade de utilização do sistema eletrônico empregado na modalidade pregão, de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. O referido autor¹⁹⁴ ressalta que esse dispositivo não impõe o uso do procedimento previsto no decreto, mas produz consequências importantes. São eles, a obrigatoriedade: do credenciamento prévio dos interessados em participar do certame (arts. 3º e 13 do Decreto nº 5.450/05); da apresentação de declaração de atendimento das condições de habilitação (art. 21, § 2º, do Decreto nº 5.450/05 e art. 16 do Decreto nº 7.581/11); da Comissão de Licitações comandar o sistema e decidir de forma imediata e isolada (papel atribuído ao pregoeiro no pregão).

Nestes termos, a adoção da forma de realização do procedimento da forma eletrônico é de suma importância para as licitações do RDC, na medida que contribui à celeridade e à economicidade de todo o procedimento.

¹⁹³PEREIRA, César A. Guimarães. *Procedimento licitatório da Lei nº 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, 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. p. 195-198.

¹⁹⁴*Ibidem*, p. 199.

A lei 12.462/11 também possibilitou à Administração o emprego do modo de disputa aberto, fechado ou a combinação de ambos (art. 16). A criação das regras e procedimentos para a apresentação de propostas ou lances, entretanto, foi delegada ao regulamento (Decreto 7.581/11), que minuciosamente dispôs sobre a matéria.

No aberto, “*os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado*” (art. 17, I, da lei). As propostas iniciais serão abertas e classificadas de acordo com o critério de maior vantagem para a Administração (art. 19, I, do Decreto)¹⁹⁵. Logo após, serão chamados pela comissão de licitação os ofertantes individual e sucessivamente, a partir da proposta menos vantajosa, para apresentar lances verbais (art. 19, II, do Decreto). Se houver desistência do licitante em apresentar lance verbal, ele será excluído da etapa de lances, e classificado de acordo com a sua última proposta.

Durante a disputa o art. 17, § 1º, I, da Lei permite a apresentação de lances intermediários. Eles são caracterizados como os “*iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério de maior oferta*” (§ 2º, I) ou os “*iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento*” (II). Eles possuem relevância para a ordem de classificação, de forma que se as melhores ofertas forem desclassificadas, serão chamadas as seguintes de acordo com esta ordem.

O art. 17, § 1º, II, da Lei nº 12.462/11 prevê que, após a definição da melhor proposta, poderá haver o reinício da disputa aberta para a definição das demais colocações. Regida pelo art. 21 do Decreto, ela ocorrerá, se prevista no instrumento convocatório e “*se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos dez por cento*”.

No modo de disputa fechado, “*as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas*” (art. 17, II, da Lei).

Por fim, na combinação das formas aberta e fechada a Administração definirá um modo de disputa inicial (aberto ou fechado) eliminatório, classificando as três melhores propostas para a segunda fase. Nela os classificados apresentarão suas ofertas obedecendo às regras da outra forma de disputa (arts. 23 e 24 do Decreto 7.581/11).

¹⁹⁵Como menciona Cesar A. Guimarães Pereira, “*não há como se definir um ordem de apresentação das propostas iniciais abertas com base nas regras da Lei nº 12.462 ou do Decreto nº 7.581. O ato convocatório pode disciplinar este ponto, esclarecendo o método de seleção da ordem inicial da formulação da proposta inicial.*”. In: PEREIRA, César A. Guimarães. *Procedimento licitatório da Lei nº 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado.* In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, 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. p. 199.

Este instituo é tem imenso valor, pois possibilita a diminuição dos valores contratados, o que, aliado ao fato de ser constitucional, torna interessante a sua inclusão na Lei nº 8.666/93.

2.5.2.2 Do julgamento das propostas

Da mesma que a Lei 8.666/93, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas dá a possibilidade à Administração de escolher os critérios de julgamento de acordo com o objeto licitado.

Neste tópico, importa mencionar, entre outras, algumas mudanças singelas nos critérios de julgamento, bem como a criação de dois novos.

A primeira diz respeito à fixação de um percentual limite de 70% (setenta por cento) ao fator de ponderação mais relevante quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço. Ela é importante na medida que impede que a Administração favoreça determinado concorrente, ou descaracterize a modalidade, a qual pressupões uma média ponderada entre os dois fatores.¹⁹⁶

A outra foi na melhor técnica, que também será usada quando procurar o melhor conteúdo artístico.

Além destas mudanças, as licitações que tiverem por objetivo a escolha das prestações menos dispendiosas, poderão adotar o critério de julgamento de maior desconto. Criado pelo art. 18, I, da Lei nº 12.462/11 e regulamentado pelo art. 27 do Decreto nº 7.581/11, declarará vencedora a proposta que apresentar o maior desconto em relação ao preço total estimado e publicado junto ao instrumento convocatório. Este critério será utilizado nos casos em que a Administração detiver informações concretas acerca do custo da obra ou serviço, com o objetivo de servir de parâmetro para as propostas a serem realizadas em forma de desconto.¹⁹⁷

Este desconto, contudo, deve incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do edital. Isso ocorre, de acordo com Alexandre Wagner Nester, com a finalidade de impedir o “jogo de preços” ou “jogo de planilhas”, que são definidas como uma:

“situação em que o licitante se aproveita de eventuais defeitos nos projetos que embasam a licitação por preço global, identificando itens com quantitativos muito

¹⁹⁶NESTER, Alexandre Wagner. *Os critério de julgamento previstos no Regime de Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 238.

¹⁹⁷*Ibidem*, p. 233.

baixos (para os quais oferece preços elevados) e itens com quantitativos muito altos (para os quais oferece preços reduzidos ou irrelevantes). Isso possibilita, na média, o preço global da proposta se apresente reduzido, garantindo a vitória do licitante no certame. Posteriormente, durante a execução do contrato, torna-se necessário o aditamento para corrigir aqueles quantitativos, elevando assim o preço global em benefício do contratado.”¹⁹⁸

O último critério de julgamento é o de maior retorno econômico. Inovação trazida pelo arts. 18, VI, e 23 da lei do RDC decide pela proposta que apresentar o trabalho ou obra que resultar na maior economia por parte da Administração.

Nele o ofertante apresentará: a proposta de trabalho, contendo a prestação, com seu prazo de entrega, e a economia que se pretende gerar, expressa em unidade de medida e em unidade monetária; e a proposta de preço, a qual corresponderá a um determinado percentual de economia que se estima gerar durante um certo período, expressa em unidade monetária (art. 37 do Decreto).

Quando utilizado, a remuneração do particular contratado é estipulada com base em percentual de economia gerada para a contratante (art. 36, § 3º, do Decreto). Se a vantagem não for alcançada, o particular estará sujeito à multas do art. 23, § 3º, da lei:

§ 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Estas vantagens almejadas devem ter parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, previstos no instrumento convocatório (art. 36, § 3º, do Decreto). A classificação das propostas se dará de acordo com a economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida do preço (art. 36, § 4º, do Decreto).

Este critério de julgamento somente poderá ser utilizado em contratos de eficiência, os quais tem o objeto a prestação de serviços que proporcionem uma maior economia ao contratante, ou seja, o contratado assume a obrigação de diminuir as despesas da Administração, sendo que a sua remuneração corresponderá a um percentual de economia gerada.

¹⁹⁸*Ibidem*, p. 234.

Por fim, a última inovação trazida pelo regime diferenciado é a possibilidade dada à administração, depois de definido o resultado do julgamento, de negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado (art. 26, *caput*).

No caso da oferta do melhor qualificado, mesmo após a negociação, ser superior ao orçamento estimado, a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, de acordo com a ordem de classificação (art. 26, parágrafo único).

Tendo por base o princípio da economicidade, a negociação tem por fim proporcionar à Administração uma contratação mais vantajosa. Todavia, Marçal Justen Neto¹⁹⁹, ressalva que ela implica numa modificação do conteúdo da proposta após o julgamento, por isso é necessário que se observe os princípios norteadores da licitação.

Em primeiro lugar, a negociação sempre deve objetivar a obtenção da maior vantagem para a Administração, sem contudo, obstar os demais princípios.

Ela também deve observar o princípio da isonomia, sendo feita somente após o fim da fase competitiva. Ocorre que nesta fase ainda há igualdade entre os ofertantes, devendo se dar um tratamento homogêneo a todos. Depois do julgamento, os participantes não estarão na mesma posição jurídica, porquanto o licitante convocado para negociar já se sagrou vencedor na etapa competitiva, não modificando, em tese, o resultado do julgamento.

Por fim, a negociação também obedecerá à vinculação ao instrumento convocatório. Se dando, pois, de acordo com as definições, exigências, regras e requisitos estabelecidos no edital.

Assim, não há muito espaço para a discricionariedade na negociação para obtenção de uma condição mais vantajosa, na medida em que é proibida qualquer modificação que subverta a fase competitiva da licitação. Como exemplo, há o caso em que o TCU julgou nula uma negociação em que, a despeito do edital determinar que os interessados em prestar serviço deveriam arcar com os custos de transportes público por seus funcionários, através do fornecimento de vale-transporte, na negociação com a melhor proposta, foi oferecida a redução de preço mediante a modificação da forma de transportar seus trabalhadores, com a utilização de transporte da própria empresa. Ocorre que essa modificação atacou a isonomia, na medida que os outros ofertantes basearam suas propostas no edital, o que teria modificado a resultado do processo. Dessa forma, uma alteração na regra anteriormente definida foi prejudicial à licitação.²⁰⁰

¹⁹⁹JUSTEN NETO, Marçal. *A negociação das condições mais vantajosas*. In: 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. p. 274.

²⁰⁰TCU. Acórdão nº 843/210, Plenário. Processo 030.827/2007-6. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Sessão: 28.4.2010. DOU, 7 de maio de 2010.

Diante do apresentado, a negociação se mostra um ótimo instrumento para a Administração contratar de forma mais vantajosa. Entretanto, deve-se adotar tal prática com reservas, a fim de não atentar contra a isonomia.

2.5.2.3 Habilitação e recursos

Outra peculiaridade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas é a modificação da ordem das fases da licitação, em face do ordenamento originalmente previsto na Lei nº 8.666/93.

No novo regime, a fase de habilitação ocorre depois da de julgamento, ou seja, somente são verificados os requisitos de idoneidade e capacitação técnica do proponente que ofereceu a melhor proposta para a administração (art. 14, II, da Lei nº 12.462/11). Esta inversão se dá em oposição à Lei Geral, na medida em que ela prevê como requisito de apresentação das propostas, a habilitação anterior.

Todavia, ambos os procedimentos não diferem muito. O art. 14 da Lei nº 12.462/11 declara que os documentos exigidos para a habilitação são os definidos nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93, ressalvadas as devidas adaptações. Também, o art. 46, § 1º, d Decreto possibilita a substituição parcial ou total dos documentos por certificado de registro cadastral e certificado de pré-qualificação, do mesmo modo, o art. 32, § 3º, da Lei 8.666/93 dá margem à utilização deste mesmo expediente.

Duas novidades trazidas pela lei especial merecem menção. A do art. 14, IV, da lei que permite a exigência de verificação dos documento relativos à regularidade fiscal, em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem qualificado. E a do art. 48 do Decreto nº 7.581/11 posto nos seguintes termos:

Art. 48. Quando utilizado o critério de julgamento pela maior oferta de preço, nas licitações destinadas à alienação, a qualquer título, dos bens e direitos da administração pública, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, se substituídos pela comprovação do recolhimento de quantia como garantia, limitada a cinco por cento do valor mínimo de arrematação.

Parágrafo único. O disposto no caput não dispensa os licitantes da apresentação dos demais documentos exigidos para a habilitação.

Por fim, em caso de conveniência, a Administração poderá adotar a mesma ordem prevista na lei geral de licitações, desde que tal ato seja devidamente motivado e conste no instrumento convocatório (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 12.462/11). Se utilizado este

procedimento, somente serão recebidas as propostas daqueles que forem previamente habilitados (art. 14, III, da Lei).

A inversão das fases não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que incorporado por outros diplomas normativos, como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02) e a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04).

Ao discorrer sobre a sua utilização na modalidade pregão, José dos Santos Carvalho Filho aduz que só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor. Sendo assim, o processo é simplificado todo o procedimento de verificação destes documentos, tornando toda a licitação mais célere.²⁰¹

Diante do exposto, a modificação da ordem nas fases da etapa externa da licitação é extremamente benéfica para a Administração, na medida em que torna o processo licitatório mais célere e barato, na medida que somente haverá a análise da documentação da habilitação de um ofertante, procedimento reconhecidamente moroso²⁰².

Esta mudança proporciona a existência de uma fase recursal única. Nos processos licitatórios realizados de acordo com a Lei nº 8.666/93, estão previstas dois momentos em que os ofertantes podem interpor recursos: após a habilitação e após o julgamento. Esta sistemática gera morosidade, na medida em que somente poderia haver a concessão de lances, se todos os recursos da fase de habilitação já tiverem sido julgados. Da mesma forma, somente pode haver a homologação do certame após julgamento de todos os recursos da fase de julgamento.

Com a modificação na ordem das fases adotada pelo RDC, haverá somente um momento para a interposição de recursos, após a conclusão da fase de julgamento e de habilitação (art. 27 da Lei nº 12.462/11). Assim, durante a fase recursal deverão ser analisadas questões atinentes às duas fases (art. 27, parágrafo único).

Importante a ressalva feita por William Romero, ao mencionar a existência de efeito suspensivo no regime especial.²⁰³ Ocorre que, ao contrário da Lei nº 8.666/93 que impõe a suspensão do processo até o julgamento de todos os recursos (art. 109, § 2º), a Lei nº 12.462/11 não declara expressamente a adoção do efeito suspensivo. Entretanto, o seu art. 28 define que somente haverá o encerramento do procedimento licitatório após o exaurimento da fase recursal. Portanto, não haverá a homologação da licitação até o julgamento de todos os recursos pendentes.

²⁰¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 229.

²⁰²*Ibidem*, p. 229.

²⁰³ROMERO, William. *O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: 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. p. 296.

Finalizando, no caso da inversão de fases prevista no art. 12, parágrafo único, da lei especial ocorrerão duas fases recursais, da mesma forma que na lei geral.

Diante do exposto, percebe-se que estas duas práticas, além de efetivarem, de forma magistral, os princípios da economicidade e da eficiência, se mostram relevantes para que estes confirmem estes ideais à Lei Geral de Licitações.

CONCLUSÃO

A licitação é um instrumento capaz de moralizar as contratações das entidades pertencentes à Administração Pública diretas e indiretas. Caracterizada como sucessão de atos que possuem finalidade específica e tendem a um resultado final e conclusivo, possui a natureza jurídica de procedimento administrativo, que deve obedecer tanto à legislação, quanto às normas pré-estabelecidas pela própria Administração na fase preparatória, na criação do ato convocatório. Ela tem com objetivo criar um ambiente de competição entre aqueles que desejam contratar com o órgão que promove o certame, de forma a se obter da proposta mais vantajosas para a Administração Pública.

Este processo deverá obedecer a princípios, que permitirão a sua exata compreensão e inteligência, de forma a definir a lógica e racionalidade do sistema normativo que o estabelece. Estes ideais se traduzem nas legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Além disso, nas diretrizes de observância ao princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Assim, toda interpretação das normas que regem a licitação e todos os atos dos agentes público dentro de um processo licitatório deverão ocorrer no sentido de efetivar tais princípios e diretrizes.

De forma a efetivar estes princípios, a Lei nº 8.666/93, que regula os processos licitatórios, estabeleceu um procedimento próprio, que terá formas diversas de acordo com objeto a ser contratado.

Primeiramente, a norma estabeleceu um rol exaustivo de modalidades de licitação – concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, as quais deverão ser adotadas conforme o objeto ou o valor a ser contratado.

Além disso, cada modalidade deverá seguir um procedimento específico anteriormente instituído por um comando legislativo, que a decompõe em fase interna e externa. Na primeira, são elaboradas as regras, estabelecidos os parâmetros e o objeto da licitação, os quais obrigatoriamente estarão presentes no edital. Depois da publicação deste, inicia-se a fase externa, momento em que os interessados em contratar com a Administração tomam conhecimento do certame e oferecem as suas propostas. Nesta etapa, há a verificação do cumprimento dos requisitos mínimos que os participantes devem cumprir para se habilitarem apresentar suas ofertas, as quais serão julgadas e classificadas de acordo com o critério de maior vantagem para a Administração. Após resultado ser homologado, o ofertante é convocado para efetuar a contratação, momento em que há a adjudicação.

No entanto, a Lei nº 8.666/93 foi promulgada em contexto histórico distinto do atual. No início da década de 1990, além de não haver a popularização das tecnologias, a Administração não possuía os mesmos objetivos que a atual. Atualmente há a necessidade de um incremento da celeridade nas contratações públicas, com o fim de preservar o desenvolvimento nacional e tornar o Brasil mais competitivo frente à outras nações, através da melhoria de sua infra estrutura. Dessa forma, a Lei Geral de Licitações não supre as necessidades atuais da economia nacional. Sendo assim, é imprescindível que haja uma reforma no modo como são realizadas as contratações pelos entes público, com o fim de torná-las mais céleres e econômicas, adaptadas ao contexto nacional.

Fato que possibilitou a adoção de uma sistemática de licitação foi a escolha do Brasil como sede da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e as Paraolimpíadas de 2016, porquanto deu um prazo para que obras para infraestrutura fossem feitas, e, face o exíguo período para a construção da infraestrutura e a lentidão das licitações realizadas de acordo com a Lei nº 8.666/93. Assim, o país se viu obrigado a criar a nova modalidade de licitação que fosse mais eficiente, sem, contudo, infringir os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Dessa forma, foi feita a emenda ao texto da Medida Provisória nº 527/11, convertida na Lei nº 12.462/11, instituindo-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Nele foram estabelecidos diversos instrumentos, os quais tem por objetivo tornar o processo licitatório mais célere e econômico, o que, pelo estudo conduzido neste trabalho, se efetivou magistralmente.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas se trata de um modo distinta de licitar, dessa forma, quando utilizado afastará as normas da Lei 8.666/93. No entanto, o seu o âmbito de aplicação é mais restrito, se limitando às obras necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e as Paraolimpíadas de 2016. Ainda, às obras integrantes do programa de aceleração do crescimento e às realizadas no âmbito do sistema público de ensino. A Lei Especial não discriminou quais são as contratações necessárias à realização dos referidos eventos, os quais serão definidos por entidades que integram o Poder Executivo. Essa regulamentação, pela análise feita, é totalmente constitucional, porquanto é possibilitado a este poder regulamentar um lei federal através de ato administrativo.

Além disso, as licitações realizadas de acordo com o regime especial deverão obedecer aos mesmos princípios do art. 3º da Lei nº 8.666/93, havendo o acréscimo da eficiência e da economicidade. Sendo assim, esses ideais, que darão sustentação e sentido ao sistema, obrigarão o administrador a agir de forma a efetivá-los no exercício dos atos discricionários,

que tiverem por fim a elaboração e condução da licitação. A incorporação destes princípios ao texto da Lei Geral são de suma importância para o aprimoramento das licitações realizadas em seu âmbito, de forma a condicionar as escolhas do administrador à tornar a contratação mais célere e econômica.

Estes princípios têm a sua instrumentalização através dos institutos que foram inseridos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, os quais, além de plenamente constitucionais por não ofenderem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, são capazes de diminuir os custos do processo – contratação integrada, estímulo à informatização, inversão das fases de julgamento e habilitação e fase recursal única; torná-lo mais rápido – contratação integrada, remuneração variável, estímulo à informatização, inversão das fases de julgamento e habilitação e fase recursal única; e majorar a vantagem obtida pela Administração nas contratações – remuneração variável, sigilo do orçamento, modo de disputa aberta, critério de julgamento de maior retorno econômico e negociação com o licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa.

Todos estes instrumentos possibilitam a Administração prestar um serviço de maior qualidade, em um período menor de tempo, tornando-a mais eficiente e permitindo a conclusão da construção de obras públicas que têm por fim as almejadas melhorias na infraestrutura brasileira e a realização dos eventos esportivos, dentro de um prazo aceitável, sem o prejuízo dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Sendo assim, todos os instrumentos analisados minudentemente por esta monografia devem ser incorporados à Lei nº 8.666/93, com o fim de conceder às licitações realizadas sob a sua égide as características presentes no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Manifestação quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 de nov. De 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Memorial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 26 nov. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 nov.. 2012.

_____. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Decreto n. 7.581/11, de 11 de outubro de 2011. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Lei n. 10.520/02, de 17 de julho de 2002. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. Lei n. 12.462/11, de 04 de agosto de 2011. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Medida Provisória n. 527, de 18 de março de 2011 *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Projeto de Lei de Conversão n. 17, de 2011. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892101&filename=PLV+17/2011+%3D%3E+MPV+527/2011>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.070/RN. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>>. Acesso em 22 nov. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. Informações nº 114/2011/GM/CGU/AGU, nos autos do processo nº 00400.014534/2011-71, prestadas pela Consultoria-Geral da União. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

CUESTA, Rafael Entrena. “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tecnos: Madri, 1981. *Apud*. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ESTADOS UNIDOS. Special Aspects of Contracting for Construction. *FAR*. Disponível em: <https://acquisition.gov/far/current/html/Subpart%2036_2.html#wp1084226>. Acesso em 24 nov. 2012.

GANUZA, Juan-José. *Ignorance Promotes Competition: An Auction Model With Endogenous Private Valuations*. UPF Economics and Business Working Paper n. 671, Mar. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=428165>>. Acesso em: 24 nov. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

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.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13. ed. atualizada por Eurico de Andrade e Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Revista de Direito Público* 15/284, jan./mar. 1971. *Apud*: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Da licitação*. São Paulo: Bushatsky, 1978.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. Resolução n. 4, de 7 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=113&data=09/04/2012>>. Acesso em 27 nov. 2012.

_____. Resolução n. 5, de 03 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=142&data=11/04/2012>>. Acesso em 27 nov. 2012.

_____. Resolução n. 16, de 03 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=28/09/2012&jornal=1&pagina=130&totalArquivos=264>>. Acesso em 27 nov. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 nov. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PSDB, DEM e PSS. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 27 nov. 2012.

REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242410>>, acesso em 24 nov. 2011.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993)*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

SENADO FEDERAL. Ofício nº 0314/2011-PRESID/ADVOSF, de 23 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 27 nov. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Directive 24/18/EC. *EUR-Lex*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:en:NOT>>; Acesso em 24 nov. 2012

XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.