

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**Ronaldo Eudes da Cunha Afonso**

**A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA LICITATÓRIO BRASILEIRO NO CONTEXTO  
PÓS-POSITIVISTA**

**Juiz de Fora**

**Março de 2016**

**Ronaldo Eudes da Cunha Afonso**

**A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA LICITATÓRIO BRASILEIRO NO CONTEXTO  
PÓS-POSITIVISTA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Gaspar Melquíades Duarte.

**Juiz de Fora**

**Março de 2016**

Ronaldo Eudes da Cunha Afonso

A Integração do Sistema Licitatório Brasileiro no Contexto Pós-Positivista

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel.

Aprovado pela banca composta pelos seguintes membros:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Gaspar Melquíades Duarte (UFJF) – Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elizabete Rosa de Mello (UFJF) – Convidada

---

Mestrando Marcus Marinho (UFJF) – Convidado

Conceito Obtido: \_\_\_\_\_

Juiz de Fora, 07 de março de 2016.

Dedico este trabalho a minha mãe Maria do Céu, que sempre me apoiou em minha trajetória acadêmica e permitiu este sonho se tornar realidade; ao meu pai João Eudes (*in memoriam*), pelo exemplo de cidadão e dedicação aos filhos; aos meus irmãos Felipe e Rodrigo pelo companheirismo; ao Pedro pelo incentivo e união.

Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo - marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas.

(Ministro Eros Roberto Grau)

## RESUMO

O sistema licitatório brasileiro é composto por três legislações principais: o Regime Geral de Licitações, estabelecido na Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a Lei do Pregão, disposta na Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC, criado pela Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011). Esta monografia pretende efetivar um exame analítico dos três regimes licitatórios citados, de maneira a permitir a formulação de uma proposta de integração dos mesmos, que faça prevalecer os procedimentos mais eficientes ao alcance da proposta mais vantajosa. Para tanto, o presente trabalho vale-se do referencial Pós-Positivista, na perspectiva da Teoria dos Princípios, em conjunto com a Teoria da Argumentação Jurídica, ambas trazidas por Robert Alexy. Na revisão de literatura, identificou-se o âmbito de incidência dos três diplomas, a análise das alterações trazidas pelo RDC e Pregão, com abordagem dos dispositivos de maior polêmica. Concluindo-se, esta proposta derivará da resolução do conflito entre regras; do conflito entre os princípios, através do princípio da proporcionalidade, e pela concepção do princípio da legalidade como princípio da juridicidade, que exige a conformação do sistema licitatório aos princípios e regras constitucionais.

Palavras-chave: Licitações. Regime Geral. Pregão. Regime Diferenciado de Contratações. Pós-Positivismo. Princípio da Eficiência. Princípio da Economicidade.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia Geral da União

DEM – Democratas

FIFA- Federação Internacional de Futebol e Associados

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social

PAC – Programa de Aceleração do Crescimento

PPS – Partido Popular Socialista

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PGF – Procuradoria Geral Federal

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

PLS – Projeto de Lei do Senado

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 O CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>10</b>
<b>3 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO CONTIDAS NO REGIME GERAL DE LICITAÇÕES, NA LEI DO PREGÃO E NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC).....</b>	<b>17</b>
<b>4 OS ELEMENTOS DE INOVAÇÃO EM MATÉRIA LICITATÓRIA.....</b>	<b>19</b>
<b>4.1 As Inovações Trazidas pela Lei do Pregão.....</b>	<b>19</b>
<b>4.2 Outras Discussões Referentes ao Pregão.....</b>	<b>21</b>
4.2.1 Da Possibilidade de Sigilo do Orçamento.....	21
4.2.2 Da Contratação de Obras e Serviços de Engenharia por Meio do Pregão.....	22
4.2.3 Da Extensão da Obrigatoriedade do Pregão.....	25
<b>4.3 As Inovações do Regime Diferenciado de Contratações.....</b>	<b>25</b>
4.3.1 Contratação Integrada.....	27
4.3.2 Remuneração Variável.....	32
4.3.3 Do Critério de Julgamento por Maior Retorno Econômico e do Contrato de Eficiência.....	33
4.3.3.1 A Busca Pela Maior Vantagem Econômica e Eficiência Para a Administração Pública: da Remuneração Variável, do Critério de Julgamento por Maior Retorno Econômico e do Contrato de Eficiência.....	34
4.3.4 Especificação de Marca, Exigência de Amostra, Certificação de Qualidade e Carta Solidarietà.....	35
4.3.5 Sigilo do Orçamento Estimado.....	39
<b>4.4 Dos Procedimentos da Fase Externa das Licitações.....</b>	<b>42</b>
<b>5 A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA LICITATÓRIO.....</b>	<b>44</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se ao exame analítico das diferenças entre os procedimentos licitatórios no Regime Geral de Licitações da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), da Lei do Pregão disposta na Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002) e no Regime Diferenciado de Contratações criado pela Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011). Pretende formular uma proposta de integração dos mesmos, de maneira a fazer prevalecer as disposições que melhor atendam ao interesse público e às disposições constitucionais.

Atualmente, o sistema licitatório nacional passa por um importante ponto de inflexão, em decorrência de uma série de reformas legislativas que reduziram o campo de aplicação do Regime Geral de Licitações. Estas legislações passaram a veicular novas modalidades licitatórias que, em seus procedimentos legais, diferem substancialmente dos ditames estipulados na lei supra.

As novidades foram trazidas principalmente pela Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), conhecida como Lei do Pregão, e pela Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Ambas as alterações tiveram por finalidade precípua primar por contratações públicas mais eficientes e de maior economicidade, por meio de procedimentos mais simplificados e de instrumentos que possibilitam a redução dos custos de contratação.

Estas inovações foram exigências das alterações fáticas pelas quais o país passou em período recente a partir da segunda metade da década de 2000. Quando da entrada em vigor do Regime Geral de Licitações, o Estado brasileiro encontrava-se em crise, com redução em sua atuação, diminuição de obras públicas e serviços; era o início da onda neoliberal da década de 90. Além deste fato, agregava-se o ímpeto do legislador em reduzir o modelo de Estado patrimonialista, ou seja, devia-se reduzir ao máximo a discricionariedade do administrador público, que deveria atuar em estrita legalidade. O procedimento excessivamente formalista deste regime licitatório seria o fiador da moralidade e justiça. A partir da segunda metade da década de 2000, o Estado retomou o seu protagonismo, criando-se o PAC para investimento em grandes projetos de infraestrutura, e o país passou a ser sede dos dois maiores eventos esportivos, as Olimpíadas Rio 2016 e a Copa do Mundo Fifa 2014. Passou-se dar à atuação estatal maior celeridade e eficiência nas contratações, em razão do aumento do volume de contratação de serviços e obras, e de aquisição de bens. Em outro giro,

problemas persistentes, a exemplo de constante aumento no orçamento de obras em razão de projetos mal elaborados, interrupção de obras e serviços por contratados que não detinham suficiente condição para prestar/executar o objeto licitado, agravado por existência de cartéis e corrupção, demonstram a premente necessidade de reformas no sistema licitatório.

Em sede de revisão de literatura, será exposto o âmbito de incidência dos referidos diplomas legais na perspectiva de autores nacionais, com elucidação das diferenças trazidas na Lei do Pregão e no RDC, e as finalidades destas diferenças, como forma de possibilitar contratações públicas mais eficientes e mais econômicas.

A proposta de integração que esta pesquisa destina será embasada pela Teoria Pós-Positivista, com aplicação do método dedutivo de pesquisa, em vista da abordagem geral do regramento licitatório. Esta pesquisa, dentro do marco Pós-Positivista, terá como elementos integrantes a Teoria dos Princípios, com a diferenciação de princípios e regras, e seu conteúdo normativo, o princípio da proporcionalidade (ponderação) e o uso da Teoria da Argumentação Jurídica. Lado outro, o marco teórico tem como referenciais as obras de Robert Alexy: Teoria dos Direitos Fundamentais e Teoria da Argumentação Jurídica.

## 2 O CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA

A Teoria Pós-Positivista surge em contraposição ao Positivismo, a partir da crise que se abre no marco positivista em razão do uso do Direito para a sustentação dos Estados nazi-fascistas entre 1920 a 1945.

O Positivismo Jurídico, que tem como expoente máximo a Teoria Kelseniana, depura o Direito de qualquer interferência sociológica e de qualquer aspecto valorativo. A Moral encontra-se estanque ao Direito. Os elementos sociais não afetam a produção e aplicação das normas jurídicas. Deste modo, tem-se o que Direito abarca tão somente a norma jurídica, tratando-se de um “sistema de normas”. Não importa o conteúdo da norma, pois todo e qualquer conteúdo pode ser jurídico; a relevância encontra-se na validade da norma, e esta advém da promulgação por um ato legislativo legítimo, que pressupõe o respeito ao procedimento formal de criação estabelecido em outra norma, por isso em se falar em um “sistema de normas”, pois a norma retira sua validade de outras normas que se encontram em grau superior a criada. O Direito, para o Positivismo é um ordenamento escalonado de normas. Em vista do aspecto tão somente normativo, desprovido de qualquer interferência externa no âmbito moral ou ético, os Estados nazi-fascistas puderam se estabelecer e perpetrar as atrocidades conhecidas, sem juridicamente incorrer em nenhuma ilicitude, pois as normas eram válidas em seu aspecto formal, sendo esta, inclusive, uma das principais linhas de defesa no julgamento de Nuremberg.

Destarte, em vista destes graves acontecimentos, imprescindível foi o surgimento de outra concepção do Direito que não ilidisse por completo as contribuições positivistas, como a objetividade e o conceito de ordenamento como um sistema escalonado. Porém, a busca de valores morais e éticos como fatores integrantes do Direito se fizeram presentes. Neste espeque, surge a Teoria Pós-Positivista, em que o Direito tem pontos de interseção com elementos da Moral, Sociologia e Política, visando a existência de um mínimo ético. O Direito não é um sistema apartado do seio social, mas integrante deste. Para tanto, o ordenamento deve se fundamentar em uma pretensão de correção, no qual as ações moralmente corretas integram-se ao Direito.

Se, no Positivismo, ao operador do Direito bastava aplicar a norma, pois esta já conteria o seu próprio fundamento de validade, ao ser norma sem vício formal de criação, no Pós-Positivismo, por necessidade de se buscar finalidades que vão além do enunciado normativo, tem-se a necessidade de métodos racionais de interpretação e aplicação do Direito.

Para tanto, o Pós-Positivismo busca a racionalidade na junção de elementos normativos em sentido estrito e amplo (mínimo ético), racionalidade esta que tem por fim impedir que a ciência jurídica seja impregnada do subjetivismo do operador. O discurso jurídico e o papel do operador do Direito na busca da correção (decisão juridicamente fundamentada e com componente ético e moral) são elementos de destaque no marco Pós-Positivista. Para o presente trabalho, será considerado expoente desta corrente Robert Alexy, consideradas suas obras *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2011) e *Teoria da Argumentação Jurídica* (2011).

O presente estudo tem como objeto central apontar as diferenças trazidas pelas modalidades da Lei do Pregão e do RDC ao campo das licitações públicas, e a busca por uma integração destes diplomas. No âmbito de cada diploma, também há elementos de tensão entre as disposições legais, a exemplo, da possibilidade do caráter sigiloso do orçamento apregoado no RDC, onde o orçamento é disponibilizado tão somente aos órgãos de controle interno e externo, sendo levado a público apenas quando encerrada a licitação, após a adjudicação. Em sentido contrário, tem-se que, no Regime Geral de Licitações, deve constar claramente o valor da contratação e em anexo a planilha de orçamento - inciso II, § 2º do artigo 40 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), ressaltando o princípio da publicidade. Outros pontos de conflito são as possibilidades de exigência de certificação de qualidade e da carta de solidariedade trazidas pelo RDC, exigências inexistentes no Regime Geral de Licitações e expressamente vedadas pela jurisprudência pacífica do TCU, demonstrando, aqui, uma colisão entre os princípios da isonomia no escopo da competitividade e o princípio da eficiência. No Pregão, em razão das alterações terem sido mais no aspecto procedimental, com a inversão de fases e única fase recursal, é menor a tensão existente entre as disposições da Lei do Pregão e do Regime Geral de Licitações. Estas são algumas exemplificações da problemática encontrada. Como permitir a aplicação dos três diplomas em consonância com o que cada um tem de mais benéfico ao interesse público ou de maneira a permitir a formulação de uma proposta normativa que acolha as melhores disposições, é a tarefa a que se propõe o estudo.

Como fundamento desta proposta, será aplicada a Teoria dos Princípios de Alexy (2011), que tem como vigas mestras a diferenciação entre princípios e regras, a resolução pelo princípio da proporcionalidade mediante observância da Teoria da Argumentação Jurídica.

Princípios e regras são espécies normativas diferenciadas; contudo, tanto princípios como as regras possuem mandamentos deônticos. No Pós-Positivismo, o princípio deixa de ser mera “norma programática” para serem dotadas de eficácia direta, conforme Alexy (2011, p. 87):

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras, quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma.

Para a Teoria dos Princípios, a diferenciação maior de princípios e regras advém do fato de os princípios serem verdadeiros “mandamentos de otimização”, devendo ser aplicados na maior medida possível, e cujas restrições de aplicação dar-se-ão em razão do suporte fático e jurídico no caso concreto. Destarte, *a priori*, busca-se o máximo de aplicação do princípio incidente; porém, quando de sua incidência no suporte fático, é possível a sua restrição, que se dará em graus variados. As regras, ao contrário, quando de sua incidência no caso concreto, vinculam em sua plenitude, sem qualquer restrição, são “determinações”; nas regras, não há qualquer gradação da sua aplicação<sup>1</sup>.

Sendo os princípios e regras normas qualitativamente diversas, o aspecto conflitual também será diferenciado. Os princípios, em decorrência da sua própria qualidade de mandamentos de otimização, pressupõem o conflito constante, pois se todos os princípios devem ser aplicados na maior medida possível, então não há que se falar em princípios absolutos, que *a priori* são superiores a outros. A supremacia de um princípio frente ao outro ocorre na concretude dos fatos; em outro giro, alterando-se os fatos, um princípio que no caso X foi constringido frente a outro princípio, poderá ter prevalência em relação ao mesmo princípio, anteriormente em destaque, quando do caso Y. A solução deste conflito ocorre por meio do princípio da proporcionalidade. Insta ressaltar que o conflito de princípios ocorre apenas entre princípios válidos, ou seja, não há que se resolver pelo critério da invalidade de um ou outro princípio; se há conflito, ambos são válidos no ordenamento<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Destacado por Alexy (2011, p. 90/91): “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

<sup>2</sup>Para tanto, vejam-se as palavras de Alexy (2011, p. 93/95) sobre conflito de princípios: “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os

A superação deste conflito ocorre pelo uso do princípio da proporcionalidade, que, em síntese, trata do sopesamento dos princípios conflitantes. O princípio da proporcionalidade decompõe-se em três outros subprincípios: o da adequação, o da necessidade e por último o da proporcionalidade em sentido *stricto*. A adequação é o primeiro nível de análise, no qual se realiza o juízo da capacidade daquele princípio em atingir os fins colimados. Mendes (2011, p. 257) esclarece:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthinungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektivungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbarungeeignetoderunnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlichungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*obmitseiner Hilfe der gewünschte Erfolggefördertwerdenkann*).

O segundo nível de análise realiza-se pela *necessidade*, que se trata do “mandamento do meio menos gravoso”, ou seja, se há outra norma (princípio) menos gravosa que seja eficaz em atingir os fins que se deseja, então prefere-se esta. Mendes (2011, p. 257) assevera que “o subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit der Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”.

Sendo o princípio adequado e necessário, persistindo o conflito, tem-se a aplicação do terceiro nível de análise, o da *proporcionalidade em sentido estrito*. Outrossim, para a superação conflitual, faz-se a ponderação entre a constrição de um princípio e os objetivos perseguidos. O que irá nortear esta ponderação não será o juízo subjetivo do operador, mas o próprio ordenamento jurídico, ou seja, o operador do Direito deve obrigatoriamente buscar nas normas vigentes e norteadoras a sustentação do seu juízo de ponderação. Segundo Mendes (2011, p. 258), “a proporcionalidade em sentido estrito assumirá, assim, o papel de um *controle de sintonia fina (stimmigkeitsontrolle)*, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.

---

princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

[...]

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “*por si só*, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. Objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”.

O juízo de necessidade é posterior ao juízo de adequação na hipótese do referido princípio ser considerado adequado. Destarte, “ressalta-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser *inadequado*”.

Quando se fala em conflito de regras, a resolução não se dará por meio do uso da proporcionalidade, pois as regras são determinações a serem aplicadas em sua completude. Deste modo, na inviabilidade de constrição de regras, a solução passa por duas hipóteses: a primeira no campo da validade, só há conflito de regras entre normas válidas. Sendo válidas, a resolução ocorre de acordo com os critérios clássicos de solução de antinomias: hierárquico, cronológico e da especialidade, conforme ensinamento de Diniz (2010, p. 487/488).

O hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) é usado para a solução de normas de diferentes níveis no ordenamento jurídico, no qual há primazia da norma hierarquicamente superior. Podendo haver o ajustamento de alguma regra legal por outra constitucional.

O cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), adequado para antinomias de normas do mesmo nível hierárquico, determina que a norma de vigência posterior derroga a anterior.

O da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) implica a superioridade da norma especial em relação a norma geral. A norma especial é excepcional a geral, pois sua incidência só vale para as situações reguladas para ela. Na Teoria dos Princípios, a existência de “cláusulas de exceção” remetem ao critério da especialidade, porém não como resolução de conflito, mas de delimitação da incidência normativa, no qual o conflito de regras seria apenas aparente.

No campo licitatório, estas cláusulas de exceção, que afastam a incidência do Regime Geral de Licitações, estão presentes na Lei do Pregão e no RDC. Esta última, a Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), veda expressamente a incidência de normas do Regime Geral quando da opção por realização da licitação por meio do Regime Diferenciado de Contratações<sup>3</sup>. Em relação ao pregão também existe cláusula de exceção, porém, restrita ao âmbito federal e vinculada pelo Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005), que estipula a

---

<sup>3</sup> Art. 1º. É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

[...]

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

obrigatoriedade de uso da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito dos órgãos federais<sup>4</sup>.

Na hipótese de inexistência de cláusulas de exceção, mantendo-se o conflito de regras, então uma das regras de maneira imprescindível será declarada inválida. Alexy (2011, p. 92) preceitua que: “[...] se essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”. Assim, tem-se que o conflito de regras é apenas aparente; ele não existe materialmente, posto que apenas uma das regras prevalecerá. Lado outro, na ausência destas cláusulas de exceção, então uma das regras supostamente colidentes será declarada inválida.

No sistema licitatório pátrio, existe conflito entre os princípios que fundamentam os regimes licitatórios, que estão insculpidos explicitamente e de modo implícito na Constituição (BRASIL, 1988), explicitamente elencados no *caput* do artigo 37, também contidos na Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), no artigo 3º da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), e outros mesmo não taxativamente expressos, mas implicitamente existentes na Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002).

Como tratado, a proposta de integração dos diversos sistemas licitatórios, colhendo o contributo das disposições mais eficientes de cada um, ocorrerá a partir do conteúdo normativo dos princípios com sede constitucional e infraconstitucional, que ganharão forma no caso concreto por meio da ponderação (princípio da proporcionalidade).

Os críticos podem apontar que a integração do sistema licitatório torna-se inviável, pois em detrimento dos comandos legislativos, estar-se-ia oferecendo ampla margem de discricionariedade ao administrador público, na escolha ou não da aplicação de determinados regramentos. Ocorre que o ato de ponderação entre os diversos princípios referentes ao sistema licitatório não é mero ato de escolha, mas ato racional e racionalmente fundamentado<sup>5</sup>. Para tanto, esta racionalidade encontra-se em dois planos: a da justificação interna e da justificação externa.

A justificação interna sucede no campo do chamado “silogismo jurídico”. É necessário ficar claro quais premissas devem ser justificadas externamente. Em síntese, na justificação interna, trabalha-se com as premissas que irão fundamentar o juízo de ponderação

---

<sup>4</sup> Art. 4º. Na aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica.

<sup>5</sup>Vejam as palavras de Alexy (2011, p. 211/212), para o qual: “Não se pretende que o enunciado normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado. Isso se refere exatamente ao que deve ser esclarecido no âmbito de uma teoria do discurso jurídico”.

a ser feito. No presente estudo, as premissas que serão trabalhadas partem primeiramente da Constituição (BRASIL, 1988), passando em um segundo momento para a legislação infraconstitucional, quais sejam, o Regime Geral de Licitações, a Lei do Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), abarcado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Deste modo, a fundamentação será extraída do Direito Positivo vigente e dos precedentes existentes. Responde-se, assim, à indagação sobre “quais os fundamentos do juízo de ponderação”.

Em aberto encontra-se a indagação: “por que estes fundamentos?”. Neste diapasão, a análise passa ao plano da justificação externa, que tem por objeto a fundamentação de premissas usadas na justificação interna. Para tanto, o presente estudo usará o chamado *argumento sistemático*, do qual o *argumento sistemático-teleológico* é espécie. Alexy (2011, p. 238) descreve-o da seguinte forma:

Os argumentos teleológico-objetivos são aqueles em que **quem argumenta se refere não a fins de pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas a fins “racionais” ou “prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente”**. Com isso surge a questão de que fim se deve contemplar como racional ou como prescrito no ordenamento jurídico vigente.

[...]

Os fins de que se trata na interpretação teleológica não são por isso fins que se determinam empiricamente, mas **fins caracterizados normativamente**. Por fim caracterizado normativamente deve se entender aqui um estado de coisa prescrito ou um fato prescrito (grifos nossos).

A fundamentação das premissas a serem usadas ocorre com base nos fins já existentes no ordenamento, e no qual o operador pretende concretizar. Não se trata de fins do operador, mas de fins do ordenamento, em sede constitucional e infraconstitucional, mas sempre com sucedâneo naquela, e em diversos casos com precedentes de aplicação existentes na jurisprudência. Se a “escolha” das premissas realiza-se a partir de normas vigentes no próprio ordenamento jurídico e dos precedentes existentes, a proporcionalidade para posterior consolidação de modo integrativo do regime licitatório dar-se-á com base em paradigmas objetivos existentes.

### **3 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO CONTIDAS NO REGIME GERAL DE LICITAÇÕES, NA LEI DO PREGÃO E NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

O sistema licitatório brasileiro tem, na Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), o seu Regime Geral de Licitações, que em seu bojo traz cinco modalidades de licitações: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. As três modalidades iniciais, quais sejam, a concorrência, a tomada de preços e o convite, são utilizadas para a contratação de obras, serviços e fornecimento. O concurso é utilizado na contratação de projetos de cunho intelectual, a exemplo de trabalhos técnicos, artísticos ou científicos. Por fim, o leilão serve para a venda de bens móveis inservíveis, alienação de bens imóveis advindos de procedimento judicial ou que ingressaram no patrimônio do ente público por meio de dação em pagamento, ou para alienação de produtos advindos de apreensões ou penhorados.

Para a contratação de obras, serviços e fornecimento, a determinação da escolha de cada modalidade ocorre de modo objetivo, com base exclusivamente no valor da contratação. A legislação geral determina diferentes formas de procedimentos, de maior ou menor complexidade. Assim, quando o objeto licitado for de grande valor, a modalidade empregada será a da concorrência; para valores intermediários aplica-se a tomada de preços, e o convite nos casos de contratações de pequenos valores. Os valores de referência são trazidos no artigo 23 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

As disposições trazidas pelo Regime Geral de Licitações passaram a ser alvo de constantes críticas por parte dos administradores públicos, em razão do seu excessivo formalismo. Exigia-se maior celeridade no processo de contratação, principalmente no que tange aos contratos de bens e serviços. Como resposta, tem-se a primeira grande alteração legislativa em matéria licitatória, com a introdução, no ordenamento, da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), que cria a modalidade licitatória conhecida como “pregão”, com inovações nos procedimentos, de modo a tornar o processo de contratação mais eficiente, em termos de celeridade e redução de custos.

A Lei do Pregão, em seu artigo 1º, estatui que esta modalidade destina-se à aquisição de bens e à contratação de serviços comuns, sem limitação de valor, sendo de adoção obrigatória pelos órgãos da Administração Pública Federal por força do Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005). Os bens e serviços comuns são aqueles em que os padrões de desempenho e qualidade são definidos de modo objetivo em edital, com especificações usuais

do mercado; são aqueles que não se caracterizam por grandes inovações ou adaptações. De certo que, pelo conteúdo amplo de “bens e serviços comuns”, um número relevante de licitações deixou de usar a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) para aplicar a Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), e pela obrigatoriedade trazida para os órgãos federais, demonstra-se o interesse do administrador público em fortalecer a nova modalidade frente ao Regime Geral de Licitações.

Porém, o maior impacto em matéria licitatória advém da entrada em vigor do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), por meio da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2012). De início, o novo regime foi concebido para atender as licitações destinadas à realização das Olimpíadas Rio 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associado – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014. Porém, o seu escopo de aplicação foi ampliado, passando a abarcar as contratações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS), obras e serviços de engenharia dos sistemas públicos de ensino, obras e serviços contidas no Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II, obras e serviços destinados à construção ou reforma de aeródromos públicos, obras e serviços de engenharia para construção, reforma e ampliação de unidades penais e atendimentos socioeducativos. Assim, tem-se que, parte relevante dos investimentos públicos em infraestrutura, principalmente de transporte, saúde, educação, são realizados por meio do RDC. Recentemente por meio da Lei nº 13.190 (BRASIL, 2015) houve nova ampliação dos objetos possíveis de contratação por meio do RDC, tendo sido incluídos: ações no âmbito da segurança pública; obras e serviços de engenharia, relacionados a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação da infraestrutura logística; ações de órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação; contratos de locação de bens móveis ou imóveis estipulados no artigo 47-A<sup>6</sup>.

O RDC seria a sétima modalidade de licitação, com procedimentos próprios e diversas inovações, que tornam a contratação pública mais flexível, pautados sempre pela maior eficiência e busca da maior vantagem para a Administração Pública, que abrange os custos e benefícios que possuem natureza econômica, social ou ambiental, de forma direta ou indireta.

---

<sup>6</sup> Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), artigo 47-A: A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

## **4 OS ELEMENTOS DE INOVAÇÃO EM MATÉRIA LICITATÓRIA**

As reformas legislativas trouxeram relevantes inovações ao regime licitatório; porém, não romperam com a sistemática da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993). Ao contrário, muitas das disposições legais do Regime Geral se fazem presentes na Lei do Pregão e no RDC; contudo, novas formas procedimentais buscam alcançar o interesse público de modo mais eficiente e econômico.

O presente trabalho fará uma análise conjunta dos três diplomas, de forma a estudar os elementos de inovação. Os sistemas licitatórios trazem disposições diferenciadas, ora em aspectos exclusivamente formais, outras vezes, reformulam as licitações públicas em seu aspecto material. Em razão disso, não há ruptura entre os diplomas normativos, mas sim complementação.

### **4.1 As Inovações Trazidas pela Lei do Pregão**

A Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002) trouxe uma série de inovações ao sistema licitatório brasileiro, tornando o procedimento mais simples e célere. Muitas das disposições da Lei do Pregão acabaram por fundamentar os procedimentos do RDC.

Entre as alterações, está a inversão das fases, em que o julgamento das propostas antecede a fase de habilitação. A fase externa do pregão divide-se em duas etapas, de oferecimento das propostas, e posteriormente a fase competitiva. Após a abertura dos envelopes de propostas, classifica-se a oferta de menor valor e as que superem em até 10% em relação ao menor preço oferecido, caso não se tenha ao menos três propostas nestas condições, então se escolhe as três melhores ofertas existentes. A seguir, na fase competitiva, os licitantes oferecem novas propostas, feitas por lances verbais na sessão de pregão, em que busca se reduzir o valor da menor proposta até então apresentada. A fase de lances segue até que todos os licitantes manifestem pela impossibilidade de novas ofertas. Mesmo na hipótese de não haver nenhum lance verbal, o pregoeiro pode negociar diretamente com o licitante da

proposta escrita de menor valor, como forma de reduzir o valor de contratação, instrumento este, inclusive, usado no RDC<sup>7</sup>.

O pregão preferencialmente deve ocorrer por meio eletrônico, em que os lances na sessão de pregão ocorrem por meio da internet, com acompanhamento em tempo real pelos participantes. O pregão eletrônico acaba por democratizar o acesso as licitações públicas, pois facilita que fornecedores de outras localidades participem da licitação. Com a dispensa da presença física dos licitantes, ocorre significativo aumento na competitividade, o que implica em relevante redução dos custos da contratação. O pregão só não ocorrerá por meio eletrônico em caso de inviabilidade técnica, devidamente fundamentada. Passa-se a análise dos elementos mais relevantes afetos a modalidade do pregão.

No que tange as etapas preparatórias da licitação, a Lei do Pregão trouxe inovação no que se refere ao gerenciamento da licitação. Se, no Regime Geral, o aspecto gerencial é responsabilidade da comissão de licitação, formada por no mínimo três membros, no qual ao menos dois deles servidores públicos com qualificação; em que esta comissão não é responsável pela elaboração do projeto básico ou pelo orçamento da obra, mas a ela incumbe a diligência de conformar o procedimento licitatório as exigências da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993); na Lei do Pregão em seu artigo 3º, inciso IV, tem-se a criação da figura do pregoeiro, que na concepção de Carvalho Filho (2008, p.287):

O ponto diferencial que se configura como novidade é a designação, pela autoridade competente, da figura do pregoeiro, a quem incumbe dirigir todos os trabalhos, inclusive receber propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e classificação e, ainda, decidir sobre a habilitação e proceder à adjudicação do objeto do pregão ao licitante vencedor. Para tanto, deverá contar com equipe de apoio, integrantes em sua maioria de servidores efetivos ou trabalhistas, preferencialmente do quadro permanente.

Apesar de o pregoeiro vir a desempenhar função semelhante a da comissão de licitação, não se trata de função idêntica, pois que, o exercício de pregoeiro exige atuação ativa na fase de lances; outras diferenças devem-se as peculiaridades da própria modalidade do pregão<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Inciso XVII do artigo 4º da Lei 10.520 (BRASIL, 2002).

<sup>8</sup> Justen Filho (2007, p. 78): “Foi atribuída ampla competência ao pregoeiro para a condução do certame. Incubem a ele as tarefas reservadas na Lei n.º 8.666 à Comissão de Licitação. Isso significa caber ao pregoeiro: a) presidir a sessão de recebimento dos envelopes; b) decidir sobre a habilitação preliminar; c) promover a abertura das propostas; d) decidir sobre a admissibilidade e classificação das propostas; e) conduzir os lances e apurar o vencedor; f) promover abertura das propostas; promover os envelopes de habilitação e julgar os procedimentos; g) promover a classificação definitiva; h) processar (inclusive rejeitando liminarmente, em alguns casos) os recursos; i) adjudicar (em alguns casos) o objeto licitado ao vencedor.

O RDC reproduziu o modelo de Comissão de Licitação, não trazendo nenhuma inovação, tendo parte da doutrina indicado, à qual se filia críticas a isto, por entender que, sendo uma legislação que busca trazer eficiência e maior qualidade as contratações públicas, o RDC deveria ter adotado a figura do pregoeiro<sup>9</sup>. O artigo 7º do Decreto nº 7.581 (BRASIL, 2011), que regulamenta o RDC trouxe, de forma minudente, as atividades a serem desempenhadas pela comissão.

## 4.2 Outras Discussões Referentes ao Pregão

A seguir serão abordadas outras discussões em relação a modalidade do pregão como a possibilidade do sigilo do orçamento, o uso desta modalidade para licitação de obras e serviços de engenharia, a extensão da obrigatoriedade do pregão aos outros entes da federação.

### 4.2.1 Da Possibilidade de Sigilo do Orçamento

A obrigação ou não da planilha de orçamento constar no edital da modalidade pregão tem suscitado dúvidas; isto porque a Lei do Pregão não determina a necessidade da planilha de orçamento constar no instrumento convocatório. Abre-se a possibilidade de que as licitações realizadas por esta modalidade de licitação ocorram sem a publicidade em edital, da estimativa de custo do objeto licitado. A jurisprudência do TCU tem entendimento no sentido

---

**As peculiaridades do pregão impedem afirmar que a competência do pregoeiro seja idêntica à das Comissões de Licitação. Não se trata de uma “comissão unipessoal”. A competência do pregoeiro é mais ampla que a de uma comissão de licitação, justamente porque o procedimento do pregão é distinto e mais complexo. Há diferenças especialmente a fase de lances, o que (como dito) exige uma atuação”** (grifos nossos).

<sup>9</sup>Charles e Marry (2014, p. 164/165): “A figura do pregoeiro, introduzida com o pregão, demonstrou-se muito mais eficiente e adequada. Conforme a Lei do Pregão, a designação do pregoeiro necessariamente deve ocorrer entre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, admitindo-se a designação de equipe de apoio, mesmo assim, em sua maioria, formada por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração. [...]

Mencionado formato, sem dúvida, conseguiu alcançar maior segurança, agilidade e qualidade dos procedimentos licitatórios”.

que não há obrigatoriedade para que o orçamento integre o edital, mas este deve constar no processo de licitação e o edital deve indicar o modo pelo qual os licitantes terão acesso a esta informação. Assim, não há que se falar em sigilo do orçamento em sede de pregão, mas apenas não é obrigatório que seja carreado no edital. Insta ressaltar, não há especificação de quando deverá ocorrer a abertura da estimativa de orçamento aos licitantes do pregão<sup>10</sup>.

Entende-se, porém, que, à semelhança do que se encontra disposto em relação ao RDC, não haveria prejuízo na adoção do sigilo do orçamento, com divulgação da estimativa de preço após o julgamento das propostas, conforme razões discutidas no item 4.3.5.

#### 4.2.2 Da Contratação de Obras e Serviços de Engenharia por Meio do Pregão

Há divergências quanto a aplicação do pregão quando da licitação de obras e serviços de engenharia. No dispositivo legal, não há qualquer vedação ao uso do pregão a contratação de obras e contratação de serviços de engenharia; lado outro, os Decretos que o regulam, quais sejam, o Decreto nº 3.555 (BRASIL, 2000) e Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005), trazem o impedimento da contratação de obras por meio do pregão<sup>11</sup>. Porém, o Decreto

<sup>10</sup>Vejam-se duas decisões do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

“O fato de essa planilha ter sido inserida no edital sem o preenchimento dos valores não traduz prática que viola os dispositivos legais atinentes à matéria. Como visto, **na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital**, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade ou da conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.

Esse tem sido o entendimento exarado por este Tribunal, em recentes decisões acerca da matéria, *ex vi* dos acórdãos 1.925/06, Plenário e n.º 201/06, Segunda Câmara. Assim, não merecem prosperar as alegações da representante quanto a esse aspecto” (Acórdão nº 117/07, Plenário) (grifos nossos).

“7. Quanto à contradição apontada entre o subitem 19.2.8 e a legislação vigente afeta ao pregão, noto imprecisão na ciência direcionada ao jurisdicionado que, por poder gerar dúvidas, merece ajuste. **Tal imprecisão refere-se à obrigatoriedade ou não de se ter, diretamente no edital, o registro do custo do objeto em licitação. Apesar de o subitem ora questionado indicar a necessidade de o edital dispor da dita estimativa de custo, não verifico tal obrigatoriedade na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2005**, que instituiu e regulamentou essa modalidade de licitação, bem como na Instrução Normativa do Ministério do Planejamento.

8. Cotejando esses dispositivos legais, observo que a legislação específica para essa modalidade de licitação possibilita ao gestor a disposição do custo do objeto no certame nos autos do procedimento licitatório, **não havendo a obrigatoriedade de essa informação constar diretamente no edital**. Melhor dizendo, em que pese os normativos legais não dispensar o registro do custo estimado do bem ou serviço a ser adquirido no processo licitatório, este poderá não estar diretamente descrito no edital, oportunidade na qual o instrumento convocatório terá de informar aos interessados o local do processo e os meios para obter esta informação (Acórdão nº 1.153/2013, Plenário)” (grifos nossos).

<sup>11</sup> Artigo 5º do Decreto nº 3.555 (BRASIL, 2000): A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

nº 5.450 (BRASIL, 2005) restou silente quanto a vedação do uso da modalidade para a contratação de serviços de engenharia, que se fazia presente no decreto anterior. Assim, aduz-se o questionamento se haveria revogação tácita do artigo 5º do Decreto nº 3.555 (BRASIL, 2000), frente ao novo regramento trazido pela norma regulamentar posterior, permitindo a aplicação do pregão aos serviços de engenharia.

No âmbito do TCU, é prevalente o entendimento que a Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002) não vedou adoção do pregão para a contratação de serviço de engenharia, não podendo norma regulamentar fazer restrições não contidas em lei. Entendimento este inclusive sumulado: “Súmula 257 - O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

Deste modo, atualmente, o entendimento consolidado no âmbito do TCU é pela aplicação do pregão a contratação de serviços de engenharia, que, ressalta-se, devem ser de natureza comum. Outro não poderia ser o entendimento, pois a restrição contida em norma regulamentar e inexistente em lei é inovação legislativa do Poder Executivo, em desrespeito ao princípio democrático. Destarte, o artigo 5º do Decreto nº 3.555 (BRASIL, 2000) encontra-se revogado, em decorrência da vigência posterior do artigo 6º do Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005).

Quanto ao uso do pregão para contratação de obras de engenharia, ainda não há entendimento pacificado sobre a questão. Para Justen Filho (2009, p. 120) contratação de obras nada mais é do que gênero da espécie serviço de engenharia: “a obra é um contrato de prestação de serviços de engenharia, com características próprias”, o que possibilitaria a licitação de obras por pregão. A jurisprudência do TCU<sup>12</sup>, mesmo não sendo majoritária, tem

---

Artigo 6º do Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005): A licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como, às locações imobiliárias e alienações em geral.

<sup>12</sup> “[...]”

7. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520, de 2002. **O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.**

[...]

Considerando que a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, vem entendendo, com fundamento nos Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005, irregular a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da utilização da modalidade de licitação pregão, **e que esse entendimento não se alinha àquele que vem sendo firmado no âmbito deste Tribunal.**

[...]

v) alertar a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, que este Tribunal vem firmando o entendimento, a exemplos dos Acórdãos 817/2005-TCU-1ª Câmara, 2272/2006-TCU-Plenário e 709/2007-TCU-Plenário, de que **a Lei n.º 10.520/02 não exclui previamente a utilização da modalidade de licitação pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia**, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum, e **que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade,**

julgados na orientação de permitir contratação por pregão de obras públicas, pois não cabe a norma regulamentar fazer restrições que não se encontram dispostas em lei.

Parecer contido no Grupo de Trabalho de Licitações, Contratos e Convênios do Departamento de Consultoria da PGF – 2012 concluiu pelo não cabimento da licitação de obras por meio de pregão, mas pela possibilidade quando tratar-se de serviços de engenharia<sup>13</sup>.

Resta claro que o diploma legal em comento não traz qualquer restrição quanto a contratação de obras públicas por meio da modalidade pregão. Ocorre verdadeira inovação legislativa por via transversa, ao se criar restrição em norma regulamentar, onde a lei não o fez. Não há disposição que permita inferir a vedação a licitação de obras por pregão. A lei é que deve prever a restrição, cabendo ao regulamento apenas conformar o agir estatal, dentro da circunscrição prevista pela lei, tornando-a menos generalista e abstrata.

O procedimento trazido pelo pregão é mais célere e tem permitido redução dos valores de contratação, o que se amolda aos fins de se buscar contratações públicas que privilegiam a eficiência e a economicidade. Com a visão sempre presente da análise como um todo, dos fins colimados pelo ordenamento, e pela vinculação aos princípios, a vedação também se mostra totalmente desarrazoada, contrária ao que vem sendo perseguido pela Administração Pública. Impedir o certame de obras comuns por pregão não se manteria no juízo mais sumário da proporcionalidade, qual seja, o da necessidade, pois que, forçar um procedimento licitatório, mais custoso e demorado, por via de restrição em sede de norma regulamentar, não é veículo de se alcançar o atendimento dos interesses da Administração Pública e dos seus administrados, além de se tratar de patente inconstitucionalidade.

Deste modo, conclui-se que a vedação presente nos decretos em comento é inconstitucional, devendo ser afastada pelo administrador público, podendo inclusive ser objeto de ADI por ofender diretamente o disposto no texto constitucional, no que se refere ao princípio da legalidade, a separação dos poderes, o princípio da eficiência e da economicidade.

---

**visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02**". (Acórdão nº 5.5226/2008 – 2ª Câmara) (grifos nossos).

<sup>13</sup>**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 19/2012:** "I - O PREGÃO NÃO PODERÁ SER UTILIZADO PARA LICITAR CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.520/02 E ART. 6º, I E II, DA LEI Nº 8.666/93. II - COM SUPEDÂNEO NOS ARTS. 4º E 6º DO DECRETO Nº 5.450/05 E NA SÚMULA Nº 257 DO TCU, A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS DEVERÁ SER LICITADA POR PREGÃO ELETRÔNICO OU, NA INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO POR PREGÃO PRESENCIAL. III - NÃO CABE À PROCURADORIA DECIDIR SE O OBJETO CONTRATUAL PODERIA SER QUALIFICADO COMO OBRA OU SERVIÇO, NEM SE ESTE SE ENQUADRA COMO SERVIÇO DE ENGENHARIA COMUM".

### 4.2.3 Da Extensão da Obrigatoriedade do Pregão

A obrigação de licitar pela modalidade pregão quando de bens e serviços comuns restringe-se a Administração Pública Federal, por força do Decreto nº 5.405 (BRASIL, 2005); porém, seria esta obrigação extensível a Administração Pública dos outros entes da federação? Não poderia haver esta obrigação por meio de norma regulamentar, mas tão somente por meio de lei, em razão da competência privativa da União para criar normas gerais em matéria licitatória, o que permitiria vincular os demais entes federados.

Com base na normatividade dos princípios constitucionais, em relevo aos princípios da economicidade e eficiência, é possível afirmar-se um dever dos demais entes públicos em licitar pelas modalidades que melhor tragam vantagens a Administração Pública, por meio de procedimentos mais simplificados e menos burocráticos, que gerem redução nos custos, que acarretem no melhor custo-benefício de contratação. Toda Administração Pública está vinculada a concretizar os princípios da eficiência e da economicidade, pois estes têm incidência direta, independente de regulação por lei ou norma regulamentar.

Em verdade, o que se defende é a derrogação tácita do Regime Geral de Licitações e suas modalidades quando se tratar de licitação de bens e serviços comuns, incluindo o de obras públicas<sup>14</sup>. Exceto na hipótese de restar demonstrado que as modalidades tradicionais de licitações tragam maior vantagem, o dever é sempre licitar pela modalidade que melhor atenda o interesse público.

### 4.3 As Inovações do Regime Diferenciado de Contratações

As inovações mais consistentes e polêmicas em procedimento licitatório advieram da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), que estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC. As inovações de maior relevância são: a) orçamento sigiloso, disposto no artigo 6º; b) contratação integrada, contida no artigo 9º, no qual o projeto básico não é responsabilidade da Administração Pública ainda nos atos preparatórios, mas este será realizado pelo vencedor da licitação; c) possibilidade de remuneração variável; d) contrato de eficiência e criação de

---

<sup>14</sup> Reunião de orientação realizada em 15 de dezembro de 2015, às 20h00min, na Faculdade de Direito da UFJF.

licitação do tipo maior retorno econômico; e) inovações quanto a definição do objeto a ser licitado, com possibilidade de especificação de marca, exigência de amostra, certificação de qualidade, carta de solidariedade.

Em outros aspectos, este diploma manteve as disposições do antigo regime licitatório. O RDC manteve os regimes de contratação para obras e serviços por meio de execução indireta, existentes no Regime Geral (empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa, empreitada integral), mas inovou ao criar a possibilidade de contratação integrada.

Quanto ao edital, este manteve sua característica de espécie de ato convocatório, que visa dar publicidade e fixar os dispositivos a serem seguidos pela Administração Pública para a contratação, trazendo o objeto a ser licitado, forma de reajuste, critérios de julgamento, entre outros elementos. O RDC também reduziu os prazos para a apresentação de propostas, sendo este em caso de aquisição de bens de 05 ou 10 dias úteis, em caso de contratação de bens e serviços de 15 ou 30 dias úteis, quando do julgamento pelo critério de maior oferta 10 dias úteis, e quando o julgamento ocorrer pela melhor técnica e preço, apenas por melhor técnica ou em razão de conteúdo artístico, este prazo será de 30 dias úteis<sup>15</sup>. Porém, o elemento mais polêmico trata-se da possibilidade do chamado orçamento sigiloso. Nesta hipótese, o edital, pelo regramento do RDC, não conterà em seu anexo a planilha de custos, indispensável em licitações pelo Regime Geral. Insta ressaltar que, no âmbito do Pregão, não se identifica a obrigatoriedade da publicidade do orçamento, sendo este diploma silente quanto a tal exigência.

---

<sup>15</sup>Artigo 15 da Lei nº 11.462 (BRASIL, 2011): Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

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

II - para a contratação de serviços e obras:

- a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

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

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

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

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

[...].

Acrescenta-se a explanação de que o § 2º artigo 15 da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2012) determina que, na hipótese de licitações de obras cujo valor não superar R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ou na aquisição de bens e serviços, inclusive de engenharia que não superar em R\$ 80.000,00, é dispensável a publicação do extrato do edital na imprensa oficial. Contudo há publicidade do ato convocatório, pois o RDC determina que o instrumento convocatório seja disponibilizado na *internet*, até mesmo quando o extrato do instrumento de convocação encontrar-se disponível na imprensa oficial. Assim, mesmo nesta hipótese de dispensa do extrato do instrumento convocatório na imprensa oficial, é possível ao interessado ter acesso a ele por meio de disponibilização eletrônica de todo o instrumento convocatório. Trata-se de medida de economicidade, que em razão do menor valor do objeto licitado e da amplitude que a disponibilização eletrônica permite, assiste toda razão, não ferindo o princípio da publicidade.

#### 4.3.1 Contratação Integrada

O RDC inovou ao criar um novo regime de contratação indireta para obras e serviços de engenharia, em que não é possível o fracionamento do objeto licitado: a contratação integrada. Neste regime, todas as etapas da obra ou do serviço licitado ficarão a cargo da contratada, ficando esta, em linhas gerais, responsável pela elaboração e confecção do projeto básico, do projeto executivo, da execução e entrega do objeto. Tal regime teve como inspiração o Decreto nº 2.745 (BRASIL, 1998), que regula as contratações no âmbito da Petrobrás, o qual já previa a aplicação deste regime de contratação<sup>16</sup>. A contratação integrada encontra-se regulada no artigo 9º, do RDC.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Decreto nº 2.745 (BRASIL, 1998), cap. I, 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.

<sup>17</sup>Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

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

A diferença fundamental deste regime de contratação está na responsabilidade pela contratada da elaboração do projeto básico. Nas licitações realizadas a luz do Regime Geral de Licitações, o projeto básico ficará a cargo da Administração Pública ou de empresa contratada para este fim, sendo este indispensável a realização do certame e será publicizado no ato convocatório. A especificação do objeto a ser licitado ocorre pela elaboração do anteprojeto de engenharia<sup>18</sup>, que terá menor precisão do que o projeto básico, porém deve ser capaz de trazer a identificação do objeto do certame, conforme Zymler e Dios (2013, p. 181):

Enquanto a empreitada integral é orçada e realizada mediante projeto básico ou executivo, a contratação integrada é orçada e realizada mediante anteprojeto de engenharia, o qual constitui documento de engenharia mais simplificado. O anteprojeto de engenharia deverá possibilitar a caracterização da obra ou serviço e possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas dos licitantes [...].

Os elementos que devem compor o anteprojeto de engenharia estão conforme o § 2º do artigo 9º da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), complementado pelo Decreto nº 7.581 (BRASIL, 2011), que determina que esteja contido no anteprojeto a concepção da obra ou do serviço, projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada, levantamento topográfico e cadastral, pareceres de sondagem, memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos de contratação.

---

<sup>18</sup> Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), artigo 9º, § 2º: No caso de contratação integrada:

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

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

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

Dois são os fundamentos para a aplicação da contratação integrada: a eficiência, por meio da maior celeridade do certame, e a economicidade, por impedir aditivos contratuais. O primeiro, em razão de não haver a necessidade de, previamente à licitação para execução do projeto, a Administração Pública ter que realizar outro procedimento licitatório para contratação de responsável pela elaboração do projeto básico. Este é um dos argumentos utilizados pela AGU na ADI 4.655 (BRASIL, 2011) em defesa da contratação integrada, ação que pugna pela inconstitucionalidade da contratação integrada e de outros dispositivos legais do RDC.

A economia advém da vedação legal de aditivos contratuais nesta hipótese de contratação, conforme o § 4º do artigo 9º da mesma lei, ressalvada as hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de caso fortuito ou força maior; ou a pedido da Administração, quando houver necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica. Assim, na contratação integrada, transferem-se ao contratante os riscos do projeto, o que evita os recorrentes aumentos do orçamento das obras licitadas pelo Regime Geral, em razão da discrepância entre o projeto básico e a execução.

Insta ressaltar que o regime de contratação integrada, empreitada integral e por preço global detém preferência de adoção quando da execução de obras e serviços de engenharia não passível de parcelamento. Porém, o administrador público, quando da escolha da contratação integrada, obrigatoriamente deve fundamentar o seu ato de escolha, em justificativa técnica ou econômica, exigência contida no *caput* do artigo 9º da legislação do RDC, com redação dada pela Lei nº 12.980 (BRASIL, 2014). Os critérios disponíveis são: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; e possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Destarte, a contratação integrada não poderá ocorrer quando o objeto for considerado comum, como demonstra entendimento do TCU<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup>9.2.2. atualmente, apenas os serviços que atendam pelo menos uma das condições constantes do art. 9º, *caput*, e incisos I a III, da Lei 12.462/2011, com redação dada pela MP 630/2013, podem ser licitados mediante o regime de contratação integrada; 9.2.3. para o enquadramento da obra ou serviço de engenharia ao disposto no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, a "possibilidade de execução mediante diferentes metodologias" deve corresponder a diferenças metodológicas em ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolvendo diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração, trazendo soluções que possam ser aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, de modo que os ganhos advindos da utilização da contratação integrada compensem o maior direcionamento de riscos aos particulares, **não se prestando tal enquadramento em situações nas quais as diferenças metodológicas são mínimas, pouco relevantes ou muito semelhantes, como ocorre nos casos de serviços comuns, ordinariamente passíveis de**

O administrador deve fundamentar que, em razão do aspecto técnico ou econômico, a contratação integrada mostra-se vantajosa. O que se busca não é algo inovador, mas a típica motivação do ato administrativo, sempre indispensável; contudo, nesta hipótese, a motivação conta com parâmetros legais de fundamentação.

Por fim, o critério de julgamento por preço e técnica não é mais obrigatório, em decorrência da Lei nº 12.980 (BRASIL, 2014), que revogou a estipulação exclusiva de julgamento por preço e técnica contido no RDC, o que possibilita até mesmo o julgamento por menor preço.

É objeto da ADI nº 4.655 (BRASIL, 2011), em que se impugna sua constitucionalidade, por alegação de que a ocorrência de contratação sem projeto básico poder caracterizar licitação sem objeto definido, o que fere o princípio da impessoalidade por não permitir a objetividade no julgamento das propostas. Tem-se o conflito aparente entre o princípio da impessoalidade e seu corolário, o “princípio” do julgamento objetivo, e os princípios da eficiência e economicidade.

O princípio da isonomia impõe tratamento igual a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fática, vedando qualquer diferenciação de cunho subjetivo, o que enseja o não tratamento discriminatório. Mas possibilita diferenciação de cunho objetivo, tendo por fim, a busca da igualdade material. Assim, é um princípio de natureza dúplice: tem natureza de regra em relação ao impedimento de diferenciação por razões subjetivas, não comportando gradação; mas em relação aos aspectos objetivos, permite-se a sua ponderação frente a outros princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana. Exemplo da natureza principiológica, no que tange aos aspectos objetivos, é o tratamento favorecido e diferenciado a micro e pequena empresa nas licitações públicas, estipulado pela Lei Complementar nº 123 (BRASIL, 2006), que restringe em algum grau o tratamento isonômico aos licitantes.

Em verdade, a crítica ocorre não ao princípio da isonomia em sua origem, mas sim ao “princípio” do julgamento objetivo, que busca vedar o julgamento de modo discricionário por parte da Administração Pública. Neste aspecto, o “princípio” do julgamento objetivo é regra, pois é inafastável que haja critérios objetivos de escolha, previamente estabelecidos em edital ou em outro ato convocatório, não permitindo ponderação.

Contudo, haveria realmente atentado ao princípio da isonomia e a regra do julgamento objetivo, pelo uso da contratação integrada? A conclusão que se segue é de que

não. As hipóteses que ensejam a contratação integrada são delimitadas por lei, a norma circunscreve a atuação estatal. Deste modo, o *caput* do artigo 9º do RDC exige que ocorra uma das seguintes situações: que o objeto licitado contenha inovação tecnológica ou técnica; possa ser executado por metodologias diversas ou executado com tecnologia restrita no mercado. Estas disposições remetem as chamadas “cláusulas de exceção”, pois delimitam a incidência de uma regra, em detrimento de outras regras.

O cerne da questão da contratação integrada é que, quando a Administração Pública não detenha suficiente conhecimento para elaborar o projeto básico, é mais interessante que este seja realizado pelo licitante. Lado outro, a lei exige que haja a elaboração do anteprojeto de engenharia, que deve conter elementos que permitam caracterizar a obra ou o serviço licitado, como disposto no artigo 9º, § 2º da Lei do RDC e do Decreto nº 7.581 (BRASIL, 2011). São os elementos de caracterização: a concepção da obra ou serviço de engenharia; os projetos ou estudos preliminares anteriores que serviram de parâmetro para a concepção do projeto; levantamentos topográficos e cadastrais e pareceres de sondagem; elaboração de mínimos padrões de construção; as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; a concepção estética do projeto; os parâmetros de adequação ao interesse público e a estética do projeto arquitetônico. Só é possível o uso da contratação integrada quando o anteprojeto de engenharia traz elementos que possibilitem a definição do objeto licitado, que permita o julgamento objetivo das propostas.

Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia e a regra do julgamento objetivo, pois a contratação integrada ocorre sobre parâmetros de exigência bem delimitados pela legislação. Deve ser instrumento usado nas contratações também sob a égide do Regime Geral de Licitações e do Pregão, quando restar comprovado, nas situações delimitadas pela Lei do RDC, que é mais vantajoso, por razões técnicas e econômicas, que o licitante detenha maior aprimoramento para a realização dos projetos exigidos. O que se busca é a elaboração do “melhor projeto”, para que a licitação realizada seja eficiente e atenda aos interesses públicos da melhor forma, evitando-se projetos mal elaborados que ensejam aumento de custos, atrasos nas obras e alterações supervenientes.

O orçamento estimado é elaborado sobre parâmetros objetivos, valendo-se dos valores usualmente praticados pelo mercado ou com base em outros certames realizados. Demonstra-se que o julgamento não se opera por meio da discricionariedade do administrador, mas com base em critérios objetivos, previamente estipulados no ato convocatório.

Este dispositivo coaduna com o princípio da economicidade, pois, na ocorrência de contratação integrada, é vedado o uso de aditivos contratuais, salvo nas hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior, e quando, a pedido da Administração Pública, ocorra alteração do projeto ou das especificações técnicas, conforme § 4º do artigo 9º da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011). Assim, a contratação integrada é um importante instrumento no combate ao excessivo uso de aditivos contratuais, ocorridos pela égide do Regime Geral de Licitações, que impõe verdadeira sangria de recursos públicos.

#### 4.3.2 Remuneração Variável

Outra inovação trazida pelo RDC trata-se do instituto da remuneração variável, estipulado no artigo 10 da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011)<sup>20</sup>. Os objetos passíveis de remuneração variável são obras e serviços em geral, incluídos os de engenharia, não sendo previstos para aquisição de bens. O exemplo clássico é o contrato de prestação de serviços advocatícios, em que o contratado receberá um valor em razão do sucesso da demanda.

Nesta hipótese de remuneração, o contratado receberá um bônus quando obtiver resultados acima do previsto no objeto do contrato, a exemplo da redução do prazo de entrega, melhoria técnica, redução de danos ambientais. Não se trata de obrigação do contratado de superar o que foi acordado, mas que, no caso de alcançadas determinadas metas, têm-se um *plus* a ser pago. Estes resultados devem estar previamente dispostos em edital por meio de estipulação de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, de modo objetivo e claro<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup>Artigo 10: Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

<sup>21</sup>Perfeitamente amoldada à conjectura em exame é a passagem de Schwind (2012, p. 04): “Nas contratações que prevejam remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital de licitação e no contrato. Pode haver, portanto, um bônus ao contrato, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas. A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito”.

O ato de escolha pela remuneração variável deve ser motivado, elucidando os parâmetros de aferição do desempenho do contratado, o valor deste bônus, e o benefício obtido pela Administração Pública com as metas a serem alcançadas. Não é qualquer resultado além do ordinário que impende em pagamento, mas sim aquele que efetivamente gere ganhos à Administração; do contrário, estar-se-ia desvirtuando o instituto de sua finalidade, gerando até mesmo o enriquecimento sem causa.

Deve também haver respeito ao limite orçamentário destinado ao certame. A remuneração variável não pode superar os valores empenhados. Neste caso, o limite está contido nos valores de empenho, não da declaração de disponibilidade orçamentária, pois, quando da remuneração variável, o objeto licitado já estará adjudicado.

A possibilidade de premiar o desempenho superior ao contratado é medida salutar, pois possibilita que o contratado busque ser mais eficiente na entrega do objeto. Contudo, o administrador público deve sempre ter como parâmetro o não rebaixamento da qualidade em busca da eficiência a qualquer custo.

#### **4.3.3 Do Critério de Julgamento por Maior Retorno Econômico e do Contrato de Eficiência**

O RDC, quanto ao julgamento das propostas, reproduziu os critérios já trazidos pelo Regime Geral de Licitações (menor preço, melhor técnica, técnica e preço, melhor oferta), com pequenas inovações.

A grande inovação nos tipos de licitação decorre da contratação por “maior retorno econômico”. Nesta hipótese, escolhe-se a proposta que possibilite a maior economia para a Administração Pública, considerando a diferença da proposta e do orçamento de referência contido no ato convocatório. A contratação ocorre por meio do contrato de eficiência.

O contrato de eficiência, disposto no artigo 23, determina que o contratado tenha sua remuneração com base em percentual da economia gerada em relação às condições normais de execução. Exigem-se parâmetros de referência objetivos, no qual sejam fixadas as despesas paradigmas, em regra de custeio, e disso se estipule o percentual de economia a ser alcançada (tipo de maior retorno econômico) e a remuneração a ser paga, a depender de cada redução de dispêndio. Na hipótese de ocorrência de economia menor que a estipulada no certame, desconta-se da remuneração do contratado a diferença entre a economia

efetivamente gerada e a que foi contratada. Se não tiver ocorrido tal economia, ocorre a aplicação de multa por inexecução de contrato e outras medidas cabíveis<sup>22</sup>.

É diferente da remuneração variável, pois nesta o valor a ser pago é determinado, o pagamento em decorrência de desempenho superior ao ordinário é apenas de modo acessório a obrigação principal. Entregando em conformidade o objeto do certame, paga-se o valor estipulado em edital. No contrato de eficiência, ao contrário, não se tem um valor determinado de remuneração, pois este depende do percentual de economia gerada, sendo o contratado obrigado a gerar economia para a Administração Pública, a obrigação principal é a redução das despesas de custeio.

#### 4.3.3.1 A Busca Pela Maior Vantagem Econômica e Eficiência Para a Administração Pública: da Remuneração Variável, do Critério de Julgamento por Maior Retorno Econômico e do Contrato de Eficiência

Todas estas inovações trazidas pelo RDC têm por fim precípua a redução do custo de contratação, permitindo-se que, sem sacrificar a qualidade e os aspectos técnicos, seja possível a Administração Pública contratar de modo mais econômico. Tais disposições não se encontram no texto legal da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) e da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002); deste modo, poderiam ser aplicadas nas licitações sob a égide destes diplomas legais?

Defende-se que sim, pois da concepção do princípio da legalidade como princípio da juridicidade, em que o dispositivo legal sempre abarca a sua conformidade aos fins do ordenamento jurídico, na esteira do argumento lógico-sistemático trazido pela Teoria da Argumentação Jurídica, amparado pela normatividade dos princípios, é possível defender o seu uso além do RDC, com base no princípio da eficiência disposto no *caput* do artigo 37, da Constituição (BRASIL, 1988), e do princípio da economicidade, insculpido no artigo 70 da Constituição (BRASIL, 1988), que busca a melhor proposta para a realização do gasto público, buscando a modicidade de gastos, conforme o parâmetro do melhor “custo e benefício”.

---

<sup>22</sup> Elucidativo o ensinamento de Charles e Marry (2014, p. 187/188): “O objeto do contrato de eficiência é a prestação de serviços, que pode incluir realização de obras e fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes. É forçoso reconhecer que no caso de obras, necessariamente a utilização do contrato de eficiência pressupõe que elas estejam inseridas no âmbito de uma prestação de serviços. [...] De fato, pela redação do § 1º do artigo 23 da Lei n.º 12.462/2011, o âmbito de aplicação do contrato de eficiência acabará ficando restrito às despesas de custeio, já que não há lógica para sua aplicação aos casos de transferências correntes”.

#### 4.3.4 Especificação de Marca, Exigência de Amostra, Certificação de Qualidade e Carta Solidarietàade

O RDC inovou no que tange as exigências para aquisições de bens, permitindo a Administração Pública o uso de ferramentas que garantam a qualidade e a entrega do objeto licitado conforme estipulado no ato convocatório. Algumas destas ferramentas já eram permitidas pela jurisprudência do TCU, a exemplo da especificação de marca e exigência de amostra, sempre de modo restrito. Outras, como a certificação de qualidade e a carta de solidarietàade, eram vedadas nas modalidades do Regime Geral de Licitações e no Pregão, em razão de não terem previsão legal e ensejar em restrição ao caráter competitivo das licitações.

O RDC, em seu inciso I do artigo 7º, possibilita a especificação de marca, desde que de modo justificado, nas hipóteses de: necessidade de padronização do objeto; quando a marca ou o modelo, que seja disponibilizado por mais de um fornecedor, seja único no atendimento das necessidades da Administração ou; quando a especificação da marca ou modelo servir como objeto de referência, hipótese em que será permitida a aquisição de bens similares ou de qualidade superior ao indicado. Assim, percebe-se que a especificação de marca ou modelo não é regra geral, mas exceção, que, quando aplicada em decorrência de uma das três hipóteses de permissão, exige do administrador a motivação do ato, demonstrando a necessidade indispensável de especificação do modelo ou marca. É comum achar que a especificação de marcas ou modelos no âmbito do RDC seja a regra, em vista da diretriz de padronização do objeto trazida no inciso I do artigo 4º do novel diploma. Não assiste razão este entendimento; a padronização do objeto atém-se precipuamente a especificações técnicas e de desempenho, não de marcas ou modelos. Outro não poderia ser o raciocínio, em vista do rol taxativo de permissão e do dever de motivação, que demonstre a necessidade imprescindível de especificação.

Inclusive, a especificação de marcas ou modelo com base nos parâmetros trazidos pelo RDC já se faziam presentes na jurisprudência do TCU em diversos julgados. Deste modo, o novo diploma licitatório regulou disposições que já se encontravam sedimentadas no âmbito do Tribunal de Contas. Veja-se:

**TCU – Súmula 270:** Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, deste que seja estritamente necessária para atender as exigências de padronização e que haja prévia justificação.

**Ementa:** Determinação ao HFA para que se abstenha de indicar preferência por marca de objeto a ser adquirido por meio de procedimento licitatório, por contrariar os arts. 7º, § 5º, e 15, § 7º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993 e, na hipótese de se tratar de objeto com características e especificações exclusivas, a justificativa para a

indicação de marca, para fins de padronização, deverá ser fundamentada em razões de ordem técnica. (Acórdão nº 3.964/2009, 2ª Câmara).

A exigência de amostra do produto ofertado pelo interessado foi expressamente regulada no RDC em seu inciso I do artigo 7º. A exigência de amostra é um instrumento importante por impedir a aquisição de bens que não atendam os interesses da Administração por motivos de técnica ou qualidade inferior.

Porém não se trata de exigência inexistente no sistema licitatório brasileiro. O TCU já admitia a possibilidade de exigência de amostra, porém com a condicionante de que este não fosse condição de habilitação ao certame<sup>23</sup>. Desta forma, o entendimento doutrinário e jurisprudencial limitava a exigência de amostra apenas ao classificado em primeiro lugar. O RDC ampliou esta possibilidade, permitindo que se exija amostra na fase de pré-qualificação<sup>24</sup> ou na fase de julgamento ou de lances. O pedido de amostra deve constar de critérios objetivos e especificados de apresentação e avaliação, os parâmetros de julgamento técnico, e as avaliações feitas por parte da Administração devem ser fundamentadas.

Outra inovação trazida consiste na possibilidade de exigência de certificação de qualidade, disposto no inciso III do artigo 7º. A certificação de qualidade deve ser feita por instituição oficial, por exemplo, o IMETRO, ou entidade credenciada, a exemplo da Entidade de Padronização Internacional, responsável pelos certificados ISO, o que possibilita trazer maior credibilidade. A certificação pode comprovar os aspectos atinentes a qualidade do produto, ou se referir ao seu processo de produção.

A jurisprudência do TCU sempre foi contrária a estipulação de certificação de qualidade como exigência de habilitação técnica, por não constar na previsão legal do artigo 30 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993). Tratando-se de exigência ilegal quando o procedimento licitatório ocorrer sob a égide do Regime Geral de Licitações ou do Pregão. Para o Tribunal de Contas, a certificação de qualidade pode ser usada apenas como critério de pontuação, nunca como requisito de habilitação.

Por fim, o RDC também possibilita no inciso III do artigo 7º, que se exija carta de solidariedade, a ser emitida pelo fabricante, em que este se compromete em assegurar a

---

<sup>23</sup> “Apresentação de amostras ou protótipos, quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes. Deve limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue para análise, deve ser exigido do segundo e assim sucessivamente até ser classificada a empresa que atenda plenamente as exigências do ato convocatório”. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações Básicas, 4ª ed., 2010, p. 530 *apud* CHARLES e MARRY, 2014, p. 82/83.

<sup>24</sup> A pré-qualificação é um procedimento preliminar a licitação, em que se verificam as condições dos interessados em participar do certame, no aspecto técnico, econômico e jurídico, de acordo com as exigências contidas no ato convocatório. Insta ressaltar que não se trata da fase de habilitação.

execução do contrato, na hipótese de inadimplemento contratual por parte do fornecedor vencedor do certame. Contudo, esta exigência, em razão do seu caráter restritivo a competição, tem aplicação excepcional, exigindo fundamentação por parte do administrador. A mesma não é regra nos contratos do RDC, mas exceção; é indicada nas hipóteses de contratos de fornecimento de grande volume de bens, em que há riscos do fornecedor não conseguir no mercado quantidade suficiente dos bens a serem adquiridos pela Administração.

A jurisprudência do TCU em licitações do Regime Geral de Licitações ou da Lei do Pregão permitia a carta de solidariedade apenas como critério de pontuação, sendo vedada sua exigência como condição de habilitação técnica<sup>25</sup>.

As hipóteses acima têm por finalidade garantir a qualidade ou o pleno fornecimento do objeto contratado, conforme os interesses da Administração Pública, em detrimento da restrição do aspecto concorrencial. Ocorre a tensão entre o princípio da eficiência e o princípio da isonomia, no que se refere ao caráter competitivo das licitações públicas, tendo este natureza de princípio.

A Constituição (BRASIL, 1988) em seu artigo 37, inciso XXI, determina que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...], **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**” (grifos nossos). Assim, Administração Pública, não pode criar regras e exigências desnecessárias, que acabem por restringir o caráter competitivo do certame, de modo a impedir que haja favorecimento ou prejuízo aos participantes. Porém não se trata de regra, mas princípio, tanto que o próprio ordenamento possibilita sua mitigação, quando da possibilidade de contratação direta.

Contudo, o princípio da eficiência enseja que o objeto do contrato seja aquele que melhor atenda aos interesses públicos, ou seja, que melhor possibilite o atendimento das demandas da sociedade por bens e serviços, a serem entregues pelo Estado, o que caracteriza um método de escolha da proposta mais vantajosa, do ponto de vista técnico.

Deve ser novamente resolvido o conflito por meio do uso do princípio da proporcionalidade. Quando da análise da adequação, deve ser comprovado que tais especificações ou exigências possibilitam maior qualidade ou garantias para a Administração Pública, pois é imprescindível que neste subnível reste demonstrado que tais exigências

---

<sup>25</sup>Zymler e Dios (2013, p. 132): “É bem verdade que, sob a égide da Lei nº 8.666/93, há entendimento do TCU no sentido de que a carta de solidariedade somente deve ser considerada como critério de pontuação em licitação do tipo técnica e preço. Entretanto, de acordo com a disciplina da Lei nº 12.462/2011, esse entendimento não se aplica ao RDC”.

acarretem em contratações mais eficientes, o que poderá ser realizado por estudos que comprovem os benefícios de determinada marca ou modelo, a necessidade de exigência de amostras ou de certificação de qualidade que comprovem a qualidade e técnica, ou onde realmente fique demonstrada a necessidade da carta de solidariedade, pelo risco de inadimplemento contratual, principalmente em razão do grande volume de produtos a serem adquiridos pela Administração Pública.

No subnível da necessidade devem ser observados os parâmetros trazidos pelo próprio ordenamento para este juízo de ponderação. Só será possível restringir o aspecto concorrencial do certame, no caso de especificação de marcas ou modelos, quando for indispensável à padronização do objeto; quando a marca ou o modelo fornecido seja o único a atender as necessidades da Administração Pública; ou quando a especificação de marca ou modelo servir como parâmetro de contratação de bens similares ou de qualidade superior ao que se indica. Quando se tratar de exigência de amostras ou de certificação de qualidade, deve restar comprovada a necessidade de análise preliminar da qualidade do objeto oferecido, em razão das exigências técnicas e de qualidade específicas da Administração, pois se esta for dispensável, então não deve o administrador fazer tal exigência, pois a restrição do aspecto concorrencial das licitações é método mais gravoso. Em relação a carta de solidariedade, é necessária a fundamentação no sentido que haja fundados riscos para o interesse público, quando o fornecedor não conseguir entregar a quantidade suficiente dos bens a serem adquiridos pela Administração.

Nestas hipóteses, dificilmente ocorrerá a ponderação em sentido estrito, pois que a necessidade (segundo subnível) de tais restrições é muito bem definida nos dispositivos legais. A regra geral das licitações públicas é privilegiar o aspecto concorrencial, que só será restringido em favor do princípio da eficiência em razão de demonstração cabal desta necessidade, disposta no próprio ordenamento. Mas, em caso de realização da proporcionalidade em sentido estrito, devem ser observados os riscos para a Administração Pública e para a coletividade do inadimplemento contratual, ou de contratação de produtos de qualidade inferior ao exigido. É exemplo clássico a licitação de remédios, onde a escolha de produto de qualidade duvidosa pode acarretar em graves danos a coletividade, ou, mesmo a contratação de fornecedor, que não detenha a carta de solidariedade pode levar a falta de remédios disponíveis. Faz-se necessário ponderar entre os possíveis danos que podem ser causados pelo inadimplemento contratual e a necessidade de restrição do aspecto concorrencial das licitações.

#### 4.3.5 Sigilo do Orçamento Estimado

A inovação mais questionada trazida pela modalidade licitatória em estudo é a possibilidade de sigilo do orçamento estimado, permitido no § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), sendo inclusive objeto da ADI nº 4.645 proposta pelos partidos de oposição ao governo atual - DEM, PSDB e PPS por alegação de desrespeito ao princípio da publicidade. A seguir, o dispositivo legal do instituto em comento:

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

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

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

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

O orçamento estimado do objeto licitado será mantido em sigilo para o público e para os interessados até o encerramento do procedimento licitatório, sendo que, nesta fase de sigilo, seu conteúdo ficará aberto apenas para os órgãos de controle interno e externo. Trata-se de mudança de paradigma em relação ao inciso II, § 2º do artigo 40 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), no qual o orçamento obrigatoriamente deve constar em anexo ao ato convocatório. Não se trata de se dispensar a elaboração do orçamento, pois este é obrigatório<sup>26</sup>, mas de mantê-lo em sigilo até o encerramento do certame.

O orçamento sigiloso foi criado com a finalidade de trazer maior vantagem econômica, privilegiando os princípios da economicidade e da eficiência. Isto porque, com a omissão do valor orçado pela Administração, os licitantes farão propostas tendo como referencial os valores de mercado, de acordo com suas próprias estimativas, e não com base no valor máximo a ser pago pela Administração. Outro argumento é que o sigilo do orçamento estimado desarticula a atuação de cartéis no oferecimento de propostas, pois os

<sup>26</sup>Artigo 4º do Decreto nº 7.581 (BRASIL, 2011): Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

I - justificativa da contratação e da adoção do RDC;

II - definição:

a) do objeto da contratação;

b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;

[...].

licitantes não detêm previsão dos valores fixados pela Administração Pública, dificultando um pré-estabelecimento das ofertas a serem feitas em comum acordo.

O momento de divulgação do orçamento, de acordo com a dicção legal, ocorre “imediatamente após o encerramento da licitação”. Trata-se de conceito aberto, pois quando se daria o momento de encerramento? Com base no artigo 28 da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011)<sup>27</sup>, o certame encerra-se quando exauridos os recursos administrativos. Porém, o artigo 9º do Decreto nº 7.581 (BRASIL, 2011), tem como marco para a publicidade o ato de adjudicação. Trata -se de divergência normativa, que não será esmiuçada no presente trabalho, mas apenas indicada para efeitos de conhecimento.

Lado outro, há tipos de licitações que não permitem o sigilo do orçamento estimado, conforme os § 2º e 3º do artigo 6º do referido diploma. Ocorre nas licitações do tipo maior desconto ou por melhor técnica. Quanto ao primeiro tipo de licitação, inviável o sigilo do orçamento, pois a escolha do licitante ocorre em razão do desconto oferecido sobre a estimativa de custo elaborada pela Administração. Quando da melhor técnica, o ato convocatório já dispõe da remuneração ou do prêmio a ser pago.

Por fim, o sigilo em relação ao orçamento não deve ser visto como regra obrigatória, mas sim opção discricionária do administrador público, dentro da esfera da conveniência, sendo este inclusive entendimento do TCU. Deste modo, a depender da situação fática, aplica-se ou não o orçamento sigiloso, buscando sempre atender da melhor forma o interesse público presente no certame, por meio do procedimento que possibilite a escolha da oferta mais vantajosa para a Administração<sup>28</sup>.

O dispositivo em estudo traz o típico conflito entre princípios. De um lado, tem-se o princípio da publicidade sofrendo constrição, em privilégio ao princípio da eficiência e da economicidade. Os defensores do RDC alegam que não ocorre ofensa ao princípio da publicidade, primeiro em razão de que o orçamento será publicado após o encerramento do

---

<sup>27</sup>Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:

[...].

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

[...].

<sup>28</sup>Conforme Charles e Marry (2014, p. 68): “Embora o texto da lei não seja exatamente claro em relação a isso, é importante destacar que a escolha do orçamento sigiloso se insere na esfera da conveniência do gestor público, não se tratando de regra a ser aplicada em qualquer certame. O Tribunal de Contas da União, em decisão importante, ao identificar problemas práticos na adoção do orçamento sigiloso, interpretou corretamente a Lei, de forma a estabelecer o raciocínio de que a adoção do orçamento sigiloso (fechado) insere-se na esfera discricionária do gestor”.

certame, tratando-se de “diferimento da publicidade”; em segundo, porque os órgãos de controle interno e externo têm acesso irrestrito a peça de orçamento. De fato, não se trata de afastar o princípio da publicidade ao procedimento licitatório, mas conformá-lo com a consecução dos princípios da eficiência e economicidade. Porém, não se nega que haja uma margem de constrição ao princípio da publicidade, por impedir o controle social dos atos da Administração Pública em relação ao orçamento, antes do fim do certame.

O princípio da publicidade encontra expresso no *caput* do artigo 37, e também remete ao inciso XXXIII do artigo 5º, ambos da Constituição (BRASIL, 1988), impondo a Administração a divulgação de seus atos, de modo que a atuação estatal seja a mais transparente possível, possibilitando o controle da sociedade, no qual funda o poder do próprio Estado. Porém, o próprio princípio da publicidade é passível de restrição, a exemplo do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) que dispõe sobre informações: “sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado”, demonstrando a sua natureza de princípio e não de regra, o que permite sua ponderação a depender do caso concreto. Segundo Melquíades Duarte (2012, p. 231-255):

O conteúdo jurídico da publicidade admite três espectros diferentes e complementares: a exigência de disponibilização de todos os atos, processos e documentos públicos para o acesso ao público; a orientação para que a Administração Pública divulgue, publique os seus atos e necessidade de que ela, sempre que for solicitado, reduza a termo determinada informação que lhe é disponível, tornando-a de titularidade também do particular, através de uma certidão.

[...]

Esta norma que determina a publicidade dos atos administrativos, porém pode vir a colidir com outras, como as que lhe albergam a privacidade ou a segurança jurídica, e, assim, sofrer parcial restrição em determinadas oportunidades, o que revela sua plena adequação ao conceito de princípio.

O sigilo do orçamento tem por finalidade a busca da redução dos custos de contratação, possibilitando uma maior vantagem econômica para a Administração Pública. Deste modo, ocorre a colisão entre o princípio da publicidade e o princípio da eficiência e economicidade.

A restrição de um princípio não é fato que gere de *per se* inconstitucionalidade, pois é imanente ao princípio a colisão com outros, pois não há que se falar na existência de qualquer princípio absoluto, como elucidado por Alexy (2011). Para resolução deste conflito, deve ser observado o princípio da proporcionalidade em seus três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No campo da adequação, deve ser analisado se o sigilo do orçamento possibilita maior vantagem econômica para a Administração, por meio da redução do valor das propostas, trazendo a melhor relação custo-benefício de contratação. Sendo positiva a análise da adequação, passa-se ao subnível da necessidade; neste ponto, deve ser considerado se existe outra forma de ensejar proposta menos onerosa à Administração que através do sigilo do orçamento. Em caso positivo, então é necessário lançar mão do terceiro subnível, o da proporcionalidade em sentido estrito, em que se faz o juízo de proporcionalidade entre os princípios colidentes. Para tanto, o administrador público deve fundamentar sua decisão, reduzindo ao máximo o seu juízo de discricionariedade, devendo aplicar a justificação interna (silogismo jurídico), ou seja, buscar normas que fundamente sua decisão, e da justificação externa (argumento lógico-sistemático), com base na análise do ordenamento jurídico em sua completude.

Em síntese, a restrição do princípio da publicidade, por si só, não é motivo de inconstitucionalidade da norma. Ao revés, na hipótese em apreço, vislumbra-se o maior atendimento ao interesse público e à eficiência com sua incidência.

Inclusive, atendendo à proposta do presente trabalho, sustenta-se que, o sigilo do orçamento, quando comprovadamente permitir maior vantagem econômica para a Administração Pública, deve ser aplicado também nas licitações pela égide da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) e da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), pois os princípios da eficiência e da economicidade, enquanto normas, vinculam todas as licitações públicas, portanto, também as regidas pelo Regime Geral de Licitações e pelo Pregão. Neste sentido, como será analisado no próximo capítulo, o presente trabalho conclui que na existência, nas leis especiais, de dispositivos legais mais benéficos para o alcance dos princípios citados, e que possam ser generalizados, os mesmos devem ser aplicados independentemente de previsão legal expressa, mas com amparo na normatividade constitucional.

#### **4.4 Dos Procedimentos da Fase Externa das Licitações**

O que deve ser ressaltado quanto aos procedimentos da fase externa são as nuances das licitações pelo Pregão e pelo RDC. Em ambas as modalidades, os licitantes, em regra, farão ofertas por meio eletrônico. No RDC, poderá ocorrer a oferta de lances por meio aberto, fechado, ou pela combinação de ambos. No aberto, os lances são públicos e

sucessivos, podendo ser crescentes ou decrescentes a depender do critério de julgamento; este é o procedimento típico do Pregão. No fechado, as ofertas são sigilosas até a abertura delas em data e hora previamente designada; é o procedimento do Regime Geral de Licitações. Quando ocorrer o modo de disputa combinando aberto e fechado, haverá a divisão em duas fases: a primeira por lances aberto ou fechado, de caráter eliminatório, sendo que as três melhores propostas seguem para a segunda fase de disputa, que será igual ao formato da fase inicial.

No RDC e no Pregão, há uma única fase recursal, após a habilitação do ganhador, recurso este que pode impugnar qualquer ato realizado na licitação em curso.

E por fim, no RDC e no Pregão, é possível que, encerrada a fase competitiva, o administrador público tente negociar condições mais benéficas de oferta do licitante que ofereceu a melhor proposta de contratação. No Pregão, a negociação ocorre antes da escolha do licitante vencedor e antes dos recursos; porém, no RDC, por força do disposto na norma regulamentar, é possível a negociação após os recursos que impugnam a escolha, ou seja, após escolhido o vencedor.

Em relação a homologação e a adjudicação, na Lei do Pregão, a adjudicação é responsabilidade do pregoeiro, o que segue em sentido contrário ao RDC, que manteve os parâmetros do Regime Geral, em que a homologação e adjudicação são atos privativos da autoridade competente. Porém, de qualquer forma, tal diferença não induz em efeito prático, pois a adjudicação em ambos os diplomas é ato vinculado, posterior a homologação.

Por fim, o RDC, em seu artigo 12, parágrafo único, permite que seja aplicado o modelo de fases da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), tratando-se de “inversão de fases da inversão de fases”; porém, trata-se de exceção a regra, com o ato fundamentado em razão de situações específicas. Ocorrendo o procedimento do artigo supra, tem-se a possibilidade de recursos nos mesmos moldes do Regime Geral: quando do ato de habilitação ou inabilitação, da escolha da proposta, da anulação ou revogação e quando do indeferimento do pedido de inscrição, cancelamento ou alteração em registro cadastral.

## 5 A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA LICITATÓRIO

São normas gerais por força do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição (BRASIL, 1988), que determina a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações<sup>29</sup>, a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002) e a Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011).

A doutrina defende que a Lei do Pregão e do RDC seriam de natureza especial frente ao conteúdo geral do Regime Geral de Licitações<sup>30</sup>. Nesta conjectura, o conflito entre as disposições normativas seria tão somente aparente, pois, pelo critério da especialidade por meio de “cláusulas de exceção” como as do § 8º do artigo 22 do Regime Geral de Licitações que veda a criação de modalidades licitatórias, § 2º do artigo 1º do RDC que afasta expressamente a incidência das disposições da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), restaria delimitado o âmbito de incidência de cada diploma legal sem interferência entre eles.

As limitações do § 8º do artigo 22 do Regime Geral de Licitações só se aplicam no que tange as modalidades afetas a referida lei; em tese, não poderia haver o acréscimo de novas modalidades licitatórias no diploma legal em comento ou a compatibilização entre as cinco modalidades existentes. De fato, o texto legal descreve “§ 8º é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das **referidas neste artigo**” (grifos nossos). Observa-se como a norma em comento não tem o condão de impedir a compatibilização de procedimentos de outros diplomas legais, uma vez que a lei posterior sempre derogará a anterior naquilo que for com ela incompatível.

Porém a problemática remete a possibilidade de integração de modalidades licitatórias fora do Regime Geral de Licitações: como oferecer instrumentos jurídicos para que se fundamente que um projeto, mesmo não incluído no rol que possibilite licitação por Pregão ou RDC, possa usar dos procedimentos destes diplomas? Inicialmente, deve ser analisado o embasamento constitucional do Regime Geral de Licitações.

---

<sup>29</sup> Art. 22 Compete privativamente a 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 (grifos nossos).

<sup>30</sup> Moreira (2012) e Guimarães (2012) também seguem este entendimento: “desta forma, o RDC é norma geral-especial, pois configura, ao mesmo tempo, uma norma geral de licitações públicas e uma norma especial em relação às demais leis que disciplinam licitações públicas”.

Em relação ao Regime Geral de Licitações alguns dos dispositivos legais podem ter aplicabilidade afastada pela normatividade dos princípios constitucionais. A Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1998) alçou o princípio da eficiência a princípio constitucional no *caput* do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), dotando-o de normatividade. No plano infraconstitucional, a Lei do Pregão e do RDC introduziram no ordenamento disposições que se amoldam aos princípios constitucionais, coadunando-as com os fins que atualmente se busca em matéria licitatória com licitações mais eficientes e econômicas. Isto altera a concepção do Sistema Licitatório, pois o Regime Geral passa a se tornar norma aplicável por exclusão, residual ao Pregão e ao RDC.

O anacronismo do Regime Geral de Licitações e sua ineficiência recorrente é objeto de reconhecimento pelo próprio Poder Legislativo, haja vista o relatório da Comissão de Serviços de Infraestrutura<sup>31</sup> (BRASIL, 2015) do Senado Federal quando da aprovação em comissão do PLS nº 559 (BRASIL, 2013), que tem por objeto a criação de uma nova legislação licitatória que revogará o Regime Geral de Licitação, o Pregão e o RDC, englobando procedimentos destes três diplomas em uma nova legislação licitatória.

Como tentativa de mudança desse quadro, editaram-se a Lei do Pregão e a Lei do RDC, com novos procedimentos licitatórios, e, como analisados, constitucionais. Deste modo, a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) sofre processo de restrição de parte de seu conteúdo normativo, pois não atinge os fins colimados na própria Constituição (BRASIL, 1988), ressaltado pela existência de dispositivos legais que os alcançam de melhor forma. Conforme elucidado por Mendes (2011, p. 1083):

Cumprе assinalar, tão somente, a inegável importância assumida pela interpretação no controle de constitucionalidade, afigurando-se possível a caracterização da inconstitucionalidade superveniente como decorrência da mudança de significado do parâmetro normativo constitucional, ou do próprio ato legislativo submetido à censura judicial.

Nestes casos, além de um eventual processo de inconstitucionalização (situação de transição), pode-se ter a própria declaração de inconstitucionalidade da lei anteriormente considerada constitucional. Impõe-se, por isso, muitas vezes, a adaptação da técnica de decisão, abandonando-se uma simples e pura declaração de nulidade.

---

<sup>31</sup> Veja-se: “Problemas como atrasos em relação ao cronograma original, aumentos excessivos nos preços inicialmente pactuados e a celebração de inúmeros termos aditivos, que desfiguram o objeto dos contratos, são recorrentes na prática das contratações públicas.

Exemplo disso é que, em recente estudo desenvolvido pela Confederação Nacional da Indústria, em que foi calculado o custo econômico do atraso, até 2013, de seis obras de diferentes áreas de infraestrutura no Brasil, chegou-se ao valor de vinte e oito bilhões de reais.

Diante dessa realidade, o Substitutivo contempla disposições que se destinam a melhorar a normativa atual, alinhando-se aos esforços para assegurar um melhor planejamento das contratações públicas”.

A inconstitucionalidade, como ensinado por Mendes (2011, p. 1072), “cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo”, sendo assim, possível sustentar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Regime Geral de Licitações em virtude da ausência de compatibilidade aos fins constitucionais, especialmente aos princípios da eficiência e da economicidade, sem infringir os princípios que detenham natureza de regras jurídicas, sendo eles os da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Paralelamente, mister aplicar, outrossim, o princípio da proporcionalidade. No campo da adequação, o diploma do Regime Geral de Licitação alcança, de fato, a exigência do dever constitucional de licitar conforme o inciso XXI do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988). A necessidade pressupõe a existência de meio menos gravoso, que, em se tratando de licitações públicas, exigem dispositivos legais que permitam cumprir o dever de licitar restringindo os princípios constitucionais de forma menos gravosa. O conceito de menor gravidade, no presente estudo, indica a possibilidade de contratações públicas que atendam da melhor forma o interesse público, por meio de contratações eficientes e econômicas, que permitam a oferta de bens e serviços à sociedade de forma mais célere e com redução de custos.

O Supremo Tribunal Federal – STF tem seguido no entendimento da possibilidade de inconstitucionalidade superveniente por alterações legislativas que regulam o mesmo objeto, mesmo quando por meio de normas de natureza especial. Exemplo recente são os RE nº 567.985 (BRASIL, 2013) e RE nº 580.963 (BRASIL, 2013), apesar de não ter por objeto licitações públicas, admitiu-se a inconstitucionalidade superveniente em razão de inovações legislativas. O julgado tratou do critério de miserabilidade para concessão do benefício assistencial de LOAS, que, conforme a Lei nº 8.742 (BRASIL, 1993) tem como critério de miserabilidade a renda *per capita* familiar de até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo nacional. Contudo, as leis que criaram o bolsa-família, o bolsa-escola, e outros programas assistenciais, estabeleceram critérios mais elásticos de miserabilidade, firmando a jurisprudência dos tribunais no sentido de fixar como critério de miserabilidade a renda *per capita* familiar de  $\frac{1}{2}$  do salário-mínimo. O STF reviu o seu posicionamento anterior, e com base na inconstitucionalidade superveniente por inovações legislativas, declarou inconstitucional o critério de miserabilidade estipulado na respectiva lei.

Insta ressaltar que a inconstitucionalidade não macula todo o diploma normativo, tendo em vista que o artigo 9º da Lei do Pregão remete a aplicação subsidiária das disposições

do Regime Geral de Licitações e o RDC engloba diversos procedimentos existentes na referida lei. A inconstitucionalidade é atinente às disposições em que haja inovação legislativa em matéria licitatória posterior a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1988) que permitam trazer melhor eficiência e melhor relação custo-benefício nas contratações públicas, como as tratadas neste trabalho, a saber, a possibilidade de orçamento sigiloso, a hipótese de contratação integrada, os contratos de eficiência e o tipo de julgamento por maior vantagem econômica, o modelo procedimental trazidos pela Lei do Pregão com inversão de fases e fase recursal única, a possibilidade de negociação entre os licitantes e a Administração para redução do valor da oferta.

Podem surgir críticas sob o argumento de ofensa ao princípio da legalidade em razão de normas de natureza especial (Pregão e RDC) repercutirem no âmbito de norma geral (Regime Geral de Licitações).

O princípio da legalidade, no contexto clássico, remete ao chamado “império da lei”, ou seja, a atuação estatal nos estritos ditames legais por meio de aplicação sumária do dispositivo legal, que nos contornos do Positivismo, remete a uma legalidade puramente formal. No contexto Pós-Positivista, o princípio da legalidade passa a ter uma nova concepção, exigindo que a legalidade tenha conteúdo valorativo, atentando-se aos preceitos que norteiam o Estado Democrático e Social de Direito, em sede constitucional e difuso no ordenamento. Nas palavras de Medauar (2007 p. 121/122):

Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput*, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou.

O princípio da legalidade, no contexto Pós-Positivista, não significa conformidade apenas à lei em sentido estrito, mas ao Direito e a todo ordenamento vigente. Nesta nova concepção, a legalidade transmuta-se em regra da juridicidade, exigindo do Estado um modo analítico de observância da norma, sempre em conformidade com os princípios constitucionais, pois tais princípios são normas jurídicas, com conteúdo deontológico que vinculam a atuação estatal. Em síntese, a lei, isoladamente, não delimita a atuação estatal; esta deve ser observada sob a ótica do ordenamento jurídico e do Direito, devendo a efetivação

dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade fundamentar a compatibilização dos procedimentos licitatórios.

Ganha relevo a Teoria da Argumentação Jurídica, principalmente no que se refere ao gênero do argumento sistemático, cuja espécie principal é o argumento lógico-sistemático, que orienta pela busca aos fins da norma no contexto do ordenamento. Para a integração, devem ser observados quais os princípios, regras e fins que se busca na sistemática das licitações públicas. Neste diapasão, atualmente, o Sistema Licitatório Brasileiro vive o seu ponto de inflexão entre reformas legislativas que privilegiam os princípios da economicidade e eficiência, em colisão com outros princípios também constitucionais, como o princípio da publicidade e princípio da concorrência, contrapondo-se a um Regime Geral de Licitações que, por meio de seu apreço ao formalismo, acabou por se tornar anacrônico. As licitações públicas têm por objetivo a entrega de bens, serviços e obras que tem por finalidade o atendimento às demandas da sociedade. O procedimento contido no Regime Geral de Licitações não vem alcançando esta finalidade a contento, como é de conhecimento comum.

As reformas trazidas pela Lei do Pregão e pelo RDC são disposições legais que alteraram a concepção do sistema de licitações concebido a luz da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), buscando reduzir o formalismo e a burocracia em privilégio da busca da eficiência e economicidade; princípios estes com sede constitucional e que vinculam a Administração Pública por deter normatividade. Novamente, é mister a necessidade de delimitação destes princípios.

O princípio da eficiência foi positivado no *caput* do artigo 37 pela Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1998); sendo princípio constitucional, detém normatividade e norteia toda atividade administrativa. Tem por conteúdo a determinação de que a atividade estatal use os recursos públicos de forma mais racional, para satisfazer o cidadão da melhor forma, com oferecimento de serviços públicos de melhor qualidade. Para Silva (2002) o princípio tem como relação o meio empregado pela Administração e o melhor resultado possível, semelhante ao que seria o princípio da economicidade<sup>32</sup>. Para Medauar, o princípio da eficiência remete a maior celeridade na prestação estatal (2007, p. 127):

---

<sup>32</sup> Silva (2002, p. 651): “Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no art. 37 da Constituição Federal pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regrada consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados”.

Agora a eficiência é o princípio que norteia toda a Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração Pública deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

O princípio da economicidade vem expresso no artigo 70 da Constituição (BRASIL, 1988), remetendo a ponderação entre o custo e benefício do exercício da atividade estatal, guardando relação com o princípio da eficiência. Objetiva a redução do gasto público, sem, contudo, prejudicar o atendimento das demandas da sociedade por bens e serviços estatais. Elucidativo o ensinamento de Oliveira (1990, p. 94 *apud* BUGARIN, 1998, p. 43): “economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício”. Princípios estes que o RDC expressamente busca ressaltar, como descrito no rol de diretrizes do § 1º do artigo 1º, estipulando na busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, através da troca de experiências e tecnologias; ampliação da eficiência nas contratações públicas; incentivo a competitividade entre os licitantes, como forma de se obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Também condizente com o Pregão em razão do modelo de disputa aberto entre os licitantes quando da fase competitiva da sessão de pregão.

Permitir a integração não implica inovação legislativa pelo Executivo ou Judiciário em desrespeito ao princípio democrático. Ao contrário, o fundamento advém do próprio ordenamento, no *caput* do artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988) que elencou um rol de princípios que vinculam a Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que, os da legalidade, impessoalidade e moralidade, detêm, na verdade, natureza jurídica de regras, e por isso não podem sofrer ponderação.

Depreende-se que não há impedimento jurídico para a compatibilização dos procedimentos licitatórios. Devendo o intérprete fundamentar sua decisão de “compatibilização” do procedimento do Pregão ou do RDC com o Regime Geral de Licitações, mesmo quando o objeto licitado não esteja elencado nas hipóteses expressas nestes diplomas, na efetividade do interesse público realizado por meio de procedimentos licitatórios que sejam mais eficientes e econômicos.

## 6 CONCLUSÃO

A criação de novas modalidades licitatórias, principalmente o Pregão e o RDC, acarretou profundas mudanças no sistema licitatório brasileiro, sendo objeto de diversos estudos acadêmicos, a maioria deles abordando as diferenças entre as disposições de cada diploma licitatório. O presente trabalho, ao contrário, buscou formar um novo paradigma sobre o tema, com o objetivo de buscar meios jurídicos para que seja possível a integração destes sistemas licitatórios, de diretrizes e procedimentos diversos, mas complementares.

Dotar o operador de Direito, seja ele atuante no Judiciário ou na Administração Pública, de instrumentos teóricos e jurídicos, que possibilitem motivar o seu ato de integrar os procedimentos contidos nas três leis estudadas, quais sejam, do Regime Geral de Licitações, do Pregão e do RDC, foi a finalidade desta pesquisa. Integração esta que inicia-se pela análise da constitucionalidade das disposições do Regime Geral de Licitações, que atualmente passa por processo de inconstitucionalização pela existência de inovações legislativas que atingem os fins colimados em sede constitucional de maneira mais eficaz, sem ofender outras normas constitucionais, exigindo a superação da visão clássica do princípio da legalidade, que no atual contexto Pós-Positivista, caracteriza-se por “regra da juridicidade”, pois que impõe a interpretação do texto legal em consonância com os princípios e regras constitucionais e do ordenamento. Não se trata de defender a discricionariedade do agir estatal, mas sim o agir conforme as premissas que fundamentam o Estado Democrático e Social de Direito, que estão muito além do enunciado no dispositivo legal.

Com base na premissa, de que o sistema de licitações é vinculado aos princípios da eficiência, da economicidade, como forma de promoção do desenvolvimento social, é possível a compatibilização de procedimentos que alcancem estes princípios de forma mais contundente. Não há qualquer razão para a manutenção deste impedimento, pois se houve reformas legislativas criando novos procedimentos, mais céleres e que possibilitam melhor atendimento dos interesses públicos, então estes devem ser aplicados.

Talvez o receio que se tenha desta possibilidade de compatibilização seja a insegurança jurídica em não existir um procedimento padrão de licitações a ser aplicado. De fato, este é um elemento importante, principalmente quando se fala em licitações públicas, que envolve uma gama de interesses públicos e privados. Por esta razão, a decisão do administrador por determinada modalidade ou integração de procedimento deve ser

exaustivamente fundamentada nos princípios constitucionais, no uso do princípio da proporcionalidade, nas regras existentes no Direito.

Escolher o Pregão, o RDC ou o Regime Geral de Licitações não é faculdade irrestrita do administrador público; ao contrário, é ato que exige devida motivação, exigindo o uso apurado da Teoria da Argumentação Jurídica como fonte de racionalidade do respectivo ato administrativo, observando a justificação interna (silogismo jurídico) e da justificação externa, por meio do argumento lógico-sistemático.

Porém, não é possível manter a observância estrita da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) quando existe no ordenamento jurídico uma ampla gama de procedimentos que permitem à Administração Pública contratar de forma mais econômica e eficiente.

O Direito evolui em espiral, com base na ruptura de paradigmas e construção de outros paradigmas. E atualmente, o sistema de licitações vive a ruptura de um paradigma, gestado ao longo destas duas décadas, onde paulatinamente o Regime Geral de Licitações foi sendo esvaziado, chegando ao seu grande ponto de inflexão com a vigência do RDC. Por esta razão, entre a miríade legislativa e a necessidade de atendimento das demandas do Estado, busca-se trazer parâmetros de atuação da Administração Pública.

O presente trabalho trouxe como parâmetro o marco Pós-Positivista, sustentado na normatividade dos princípios, no emprego da proporcionalidade como instrumento para a compatibilização dos procedimentos, principalmente os de maior celeuma, e na aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica como instrumento de motivação do ato administrativo.

Em relação aos pontos mais polêmicos, a exemplo do orçamento sigiloso, da indicação de marca ou modelo de produto, exigência de amostra, carta de solidariedade, conclui-se que estes são constitucionais. Em alguns casos, como o do orçamento sigiloso e da indicação de marca ou modelo, a solução da controvérsia ocorre com a ponderação entre os princípios conflitantes. Em relação à contratação integrada, não há ofensa a regra do julgamento objetivo, pois o anteprojeto de engenharia obrigatoriamente deve conter elementos que permitam definir o objeto licitado.

No que tange ao Pregão, a sua aplicação para a contratação de obras públicas é possível, pois não há qualquer vedação na lei e não pode norma regulamentar criar restrição inexistente em lei. Entendimento contrário destoaria do princípio elementar do Estado de Direito de repartição de competências entre os poderes.

Que em um futuro próximo, as licitações públicas não sejam fontes de uma série de desmandos, como tão rotineiramente é noticiado, mas sim, tornem-se instrumento de efetivo desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. ESCOLA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Pareceres dos Grupos de Trabalho de Licitações, Contratos e Convênios do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal – 2012**. Brasília – DF: EAGU, ano V, n.º 25, 2013.

\_\_\_\_\_. SENADO FEDERAL. Parecer aprovado na Comissão de Serviços de Infraestrutura em relação ao PLS 559. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/matepdf/184321.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n.º 1.141.021-SP**, Segunda Turma. Brasília – DF: 21 ago. 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1112792&num\\_registro=200900700338&data=20120830&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1112792&num_registro=200900700338&data=20120830&formato=PDF). Acesso em: 31 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n.º 5.226/2008**, 2ª Câmara. Brasília – DF: 18 nov. 2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=SEGUNDA+CAMARA&numeroAcordao=5226&anoAcordao=2008>. Acesso em: 03 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n.º 1.399/2014**, Plenário. Brasília – DF: 28 mai. 2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionid=R FQ2EcJ6AvmzXOoM4o9tsIle.host1a21:juris>. Acesso em: 02 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n.º 3.964/2009**, 2ª Câmara. Brasília – DF: 04 ago. 2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=SEGUNDA+CAMARA&numeroAcordao=3964&anoAcordao=2009>. Acesso em: 03 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n.º 1.153/2013**, Plenário. Brasília – DF: 15 mai. 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionid=0+pOg0W7gflBcuX4H+t+tdeY.host1a21:juris>. Acesso em: 05 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n.º 117/2007**, Plenário. Brasília – DF: 07 fev. 2007. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>. Acesso em: 05 fev. 2016

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Licitações e Contratos: Orientações Básicas**, 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2010, p. 530. In: CHARLES, Ronny; MARRY Michelle. **RDC Regime Diferenciado de Contratações**. Salvador: JusPodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 04 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 06 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm). Acesso em: 06 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 12.462**, de 04 de agosto de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm). Acesso em: 06 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 12.980**, de 28 de maio de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L12980.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12980.htm). Acesso em: 02 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 3.555**, de 08 de agosto de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3555.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm). Acesso em: 28 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 7.174**, de 12 de maio de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm#art12](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm#art12). Acesso em: 28 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 5.450**, de 31 de maio de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm). Acesso em: 31 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 2.745**, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2745.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm). Acesso em: 02 fev. 2016.

CHARLES, Ronny; MARRY Michelle. **RDC Regime Diferenciado de Contratações**. Salvador: JusPodivm, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 116/131.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**, 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Inexigibilidade de Licitação – Serviços Técnicos Profissionais Especializados – Notória Especialização**. RDP 99, p. 70 e seguintes. In: CARVALHO

FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 256.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, 4. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELQUÍADES DUARTE, L. G.; CAMPOS, W. S. (Org.); SALAZAR, D. (Org.); PIRES, G. F. (Org.). **Licitações e Contratos Administrativos**, Vol. 3. Juiz de Fora: NGIME/UFJF, 2014.

\_\_\_\_\_. **Revisitando o Regime Jurídico de Direito Público**. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF, Vol. 1. Juiz de Fora: 2012.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, E. P.. **Aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy nas Decisões Judiciais**. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 06, n.º 21, 2012. Disponível em:

[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/21\\_Doutrina%20Nacional%205\\_OK.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%205_OK.pdf). Acesso em: 03 dez. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: RT, 1990, p. 110. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 264.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. In: BUGARIN, P. S.. **Reflexões Sobre o Princípio Constitucional da Economicidade e o Papel do TCU**. Revista do TCU, n.º 78. Brasília – DF: 1998. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1224/1278>. Acesso em: 24 fev. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração Variável e Contratos de Eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n.º 12.462/2011)**. Curitiba:

Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, n.º 56, 2011. Disponível em:  
[http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael\\_rdc.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf). Acessado em: 02 fev. 2016.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **O Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.