



ARTIGO

Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): Regras não mais exclusivas para licitações e contratos relacionados à Copa do Mundo e Jogos Olímpicos

** Sérgio Ciquera Rossi*

** Sérgio de Castro Jr.*

Há cerca de dois anos, algumas considerações iniciais eram lançadas sobre o então novel regime diferenciado de contratações públicas (RDC) que se desenhava no cenário jurídico nacional.

Aprovado na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e aguardando sanção da Presidência da República, em junho de 2011, quando ainda se tratava de Projeto de Lei de Conversão à MP 527/11, o RDC foi por nós superficialmente analisado.

A despeito de não ter logrado êxito nas primeiras tentativas¹, o projeto finalmente prevaleceu, restando convertido na Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011.

Ocorre, entretanto, que, apesar de ainda incipiente, o RDC já sofreu profunda mutação: alterações na mencionada norma legal, promovidas em julho e dezembro de 2012, estenderam sobremaneira o alcance do regime que nascera específica e exclusivamente para determinados eventos esportivos de envergadura internacional.

Identificar e avaliar o reflexo dessas mais recentes modificações é o escopo do presente artigo.

¹ Antes da conversão em lei, houve quatro tentativas frustradas do governo, nas MPs n.ºs 489/10 (que perdeu validade por não ter sido votada no prazo constitucional), 503/10, 510/10 e 521/10.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

CONCEITO, ORIGEM E OBJETIVOS DO RDC

O RDC consiste em procedimento distinto daquele adotado pela Lei Federal nº 8.666/93 – Lei Geral de Licitações, eis que concebido para reger certames e contratos necessários à realização da Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos 2016.

O novo modelo enfrentou, desde o início, duras críticas por parte de seus opositores, sobretudo por restar inserido em diploma que trata também de assuntos absolutamente estranhos ao tema (tal como regras voltadas à aviação civil), bem como por ter sido desenhado a partir de medida provisória, e não lei, o que estaria a contaminar o estatuto desde o seu nascimento.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal (MPF), ao examinar o Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010, (que antecedeu a MP 527/2011), já se posicionara contrário ao RDC, valendo-se, dentre outros argumentos, do entendimento de que teria havido afronta ao art. 22, XXVII e art. 37, XXI, ambos da Constituição Federal, os quais estabelecem o dever da legislação federal regulamentar, a título de norma geral, as licitações e contratações públicas, e que a aplicação do RDC aos contratos necessários à realização da Copa e das Olimpíadas seria uma “cláusula intoleravelmente aberta”, pois estaria conferindo ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico das licitações públicas, poder esse de regência normativa que é exclusivamente do legislador, intransferível e indelegável ao Poder Executivo, ao contrário do que pretendia o projeto.

Assim, para o Grupo de Trabalho do MPF que acompanhava o andamento do RDC, nele havia violação dos princípios constitucionais da Administração Pública, na medida em que estaria a atentar contra a isonomia ao admitir a aplicação de regimes



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

jurídicos díspares para contratações similares, sujeitando-se à exclusiva e subjetiva decisão da Administração Pública em determinado momento; também estaria a gerar violação da moralidade administrativa, porque a lei só viria a cancelar – e não limitar – a atividade arbitrária do Administrador.

Além desses aspectos, houve, ainda, diversas outras críticas tecidas pelo órgão ministerial federal, tais como: adoção de regime denominado “contratação integrada”, no caso de obras e serviços de engenharia, os quais ficam livres da exigência de apresentação de projeto básico e de projeto executivo nos termos da legislação geral em vigor (art. 7º, Lei 8.666/93); inadequada adoção obrigatória do critério de julgamento “técnica e preço” sem a prévia definição das obras e serviços de engenharia; adoção de critério de julgamento “maior retorno econômico” conjugado com a criação de novo tipo contratual, o denominado “contrato de eficiência”, conflitando com o princípio constitucional da impessoalidade e afastando-se da necessária objetividade nas licitações públicas.

No âmbito político, o RDC também enfrentou resistência da oposição à época da tramitação do projeto.

Para o deputado Duarte Nogueira, o texto ideal deveria suprimir o regime de contratação integrada, que chamou de “cheque em branco”; uma das principais inovações do RDC, esse regime de contratação torna a empresa contratada também responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo, além da realização do objeto. *“É como dar uma folha em branco para um pedreiro. Isso vai abrir uma margem de insegurança jurídica jamais vista no nosso país”*, disse o então líder do PSDB.

O líder do PPS à época, deputado Rubens Bueno, alertou para o fato de que todos os especialistas em licitações, inclusive do TCU, entendiam que a modificação seria danosa ao interesse público. *“Agora vamos atropelar a lei, porque faltou capacidade e competência do governo para começar a tempo as obras da Copa?”*, questionou.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

O deputado Antonio Carlos Mendes Thame (PSDB-SP), em dada ocasião, lembrou que o governo sabia há 20 meses que as Olimpíadas serão realizadas no Brasil, e a Copa foi anunciada há 44 meses, *“portanto não haveria necessidade de rasgar a atual Lei de Licitações (8.666/93)”*.

“Lá em Minas não temos atrasos, e tudo foi feito com a legislação vigente. O Mineirão é o estádio mais avançado, e estamos competindo pela abertura da Copa”, acrescentou, à época, o deputado Marcus Pestana (PSDB-MG).

Os deputados governistas, por seu turno, defenderam o RDC.

O relator da MP, deputado José Guimarães (PT-CE), considerou que o RDC moraliza o processo licitatório: *“É o melhor remédio para dar mais transparência, mais celeridade e modernizar alguns dos aspectos da lei. Ao estabelecermos regras e normas de conduta, nós estamos dizendo ao setor privado: 'Vocês vão participar, mas terão inteira responsabilidade do início até o final da obra', interditando os intermináveis aditivos que as empreiteiras muitas vezes fazem. Essa contratação integrada moraliza alguns dos aspectos da lei”*, destacou.

Para o então líder do PT, deputado Paulo Teixeira (SP), a oposição se esquece de que todas as obras de transportes e infraestrutura que serão feitas poderão se beneficiar dos procedimentos previstos nas novas regras – que, segundo afirmou, somam a melhor experiência internacional em contratações e da atual Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02), ressaltando que o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) e a Advocacia Geral da União (AGU) concordam com a nova lei: *“Não há relaxamento nem flexibilização da Lei 8.666. Se o prefeito quiser usá-la, poderá, mas vamos dar aos nossos governantes o melhor instrumento de contratações”*, disse.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Por sua vez, o deputado Miro Teixeira (PDT-RJ) apresentou emenda para que esse regime de contratação especial fosse usado para todas as licitações, apelando para o fato de que o país precisa ainda mais de hospitais e escolas: *“Se esse regime é tão bom, por que não usá-lo para todos? A Lei 8.666 cumpriu seu momento, mas fazer apenas para algumas situações um regime diferenciado vai ficar mal explicado”*, argumentou.

A despeito das divergências técnicas e políticas, o fato é que o Plenário da Câmara concluiu, aos 28.06.2011², a votação da MP nº 527/11, restando rejeitados todos os destaques da oposição, tendo a matéria seguido para o Senado Federal, onde, aos 06.07.2011, sob a denominação Projeto de Lei de Conversão (CN) nº 17/2011, restou aprovada, tendo sido remetida à sanção Presidencial aos 18.07.2011 e convertendo-se na Lei Federal nº 12.462, de 04 de agosto de 2011.

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

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO RDC

Algumas das principais regras introduzidas pelo RDC já foram bastante discutidas pelos especialistas, podendo ser sintetizadas no seguinte quadro comparativo entre o referido regime e a Lei Geral de Licitações³:

<u>RDC</u>	<u>Lei 8.666/93</u>

² Conforme informou, à época, a Agência Câmara de Notícias (<http://www2.camara.gov.br/agencia/>).

³ <http://www2.camara.leg.br/agencia/flash/130d311a0a7.swf>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

CONTRATAÇÃO INTEGRADA	
Permite que todas as etapas de uma obra sejam contratadas com uma única empresa, que fará os projetos básico e executivo e realizará a obra, entregando-a pronta para a administração.	Não prevê esse tipo de contrato. Os projetos básico e executivo devem ser feitos por empresas diferentes. O Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras (Decreto 2.745/98) já permite a contratação integrada.
REMUNERAÇÃO VARIÁVEL	
Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, a contratada poderá receber uma remuneração variável vinculada ao desempenho. Esse ônus será definido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital e no contrato.	Não prevê esse bônus. A Petrobras já o usa para contratos que envolvem várias empresas quando a licitação é impossível por falta de competitividade, mas também são previstas penalidades por atrasos.
INVERSÃO DE FASES	
O regime prevê que a fase de habilitação (exigência de documentos e outras obrigações legais) ocorra depois do julgamento das propostas e somente seja cobrada do licitante vencedor.	A habilitação ocorre antes do julgamento das propostas e é feita para todos os concorrentes. Segundo seu regulamento específico, a Petrobras pode dispensar os documentos da habilitação se o licitante possuir um certificado de registro em seu cadastro.
PARCELAMENTO E CONTRATAÇÃO SIMULTÂNEA	
Permite o parcelamento do objeto a licitar, inclusive em serviços de engenharia, assim	Não prevê a possibilidade de fracionar o objeto ou sua execução. A Petrobras pode



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

como a contratação de mais de uma empresa para executar um mesmo serviço (exceto de engenharia).	fracionar o objeto, mas a modalidade de licitação deve seguir o valor global do objeto antes desse fracionamento.
FASE ÚNICA DE RECURSOS	
O regime estipula uma fase única de recurso após a habilitação do vencedor. A intenção de apresentá-lo deve ser manifestada imediatamente, mas o prazo continua ser o atual, de cinco dias úteis. Igual prazo terão empresas que quiserem apresentar contra-argumentos.	A lei prevê o efeito suspensivo do recurso nas fases de habilitação e de julgamento das propostas. A fase seguinte somente pode ocorrer depois de julgado o recurso anterior.
PRÉ-QUALIFICAÇÃO	
É criada a pré-qualificação permanente e um regulamento estabelecerá as condições em que a administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados.	A lei permite a pré-qualificação de licitantes na modalidade de concorrência sempre que o objeto da licitação recomende maior análise de qualificação técnica dos interessados.
PROPOSTA VENCEDORA	
No caso do vencedor da licitação não querer assinar o contrato e os demais classificados não aceitarem assiná-lo nas condições ofertadas pelo vencedor, a administração poderá usar os preços dos outros classificados, desde que não sejam superiores ao orçamento estimado para a contratação.	Permite apenas convocar os licitantes remanescentes para assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

Sobre esses e outros aspectos, e a par da eventual inconstitucionalidade do RDC, tal como defendido, dentre outros, pelo MPF, registramos na conclusão deste estudo aquelas que foram as nossas primeiras impressões quando do exame do Projeto de Lei de Conversão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Aliás, naquela primeira análise, trouxemos à reflexão alguns aspectos que, a despeito de tantas críticas, poderiam ser considerados positivos no que diz respeito ao que acabou ficando conhecido como 'orçamento sigiloso'⁴, já que a ausência de prévia disponibilização do orçamento elaborado pela Administração evita que as empresas superestimem seus preços, caso verifiquem que o ente promotor do certame está disposto a pagar valores superiores àqueles efetivamente viáveis, uma vez que o orçamento levantado pela Administração, conforme a prática revela, não raro apresenta-se sobremaneira acima dos valores praticados no mercado⁵.

Finalmente, antes de adentrarmos especificamente no estudo das alterações promovidas na norma sob exame, pareceu-nos relevante, nesta oportunidade, destacar outro aspecto inovador do RDC que, por um lapso, escapou-nos por ocasião daquela primeira análise: a previsão acerca de amostras.

Trata-se do artigo 7º, II, que assim dispõe:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

(...)

II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;

Conforme se verifica, a lei que instituiu o RDC inovou ao prever expressamente a possibilidade de se exigir amostras em certames licitatórios.

⁴ 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.

⁵ Sobre o assunto, vale conferir ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2920, 30 jun.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19444>>. Acesso em: 11 jun. 2013.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Isso porque, até o advento da Lei Federal nº 12.462/11, e do Decreto nº 7.581/11, que a regulamenta, não havia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer previsão acerca de apresentação de amostras em procedimentos licitatórios, embora a ampla doutrina e jurisprudência já viessem acolhendo essa possibilidade.

Assim, devido às dificuldades que a Administração encontrava para definir o objeto pretendido, seja por falta ou excesso de detalhamento – no primeiro caso, resultando na aquisição de produtos de péssima qualidade, e no segundo, no direcionamento para determinada marca -, encontrou-se na requisição de amostras uma maneira de contornar este óbice, invocando-se, para tanto, o disposto no artigo 43, incisos IV e V, da Lei nº 8.666/93⁶ e no artigo 4º, VII, da Lei nº 10.520/02⁷.

Embora não nos pareça que os dispositivos legais supracitados refiram-se especificamente a amostras, até porque fazem menção expressa à conformidade das propostas - e não dos produtos oferecidos - com os requisitos estabelecidos no edital, o fato é que tal exigência passou a ser amplamente admitida, não obstante ainda decorram grandes divergências acerca de qual momento pode ser fixado para a entrega das amostras (antes, durante ou depois da sessão?), quem deve apresentá-las (todos os proponentes ou só o vencedor?) e, bem assim, quando e por quem deve ser efetivamente realizada sua análise.

Seja como for, o fato é que o RDC vingou, restando introduzido no ordenamento jurídico pátrio, e, a despeito de bastante enfrentado nos meios acadêmicos e doutrinários, só agora começa a se desenvolver na prática. A esse respeito, embora haja notícias

⁶ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
(...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

⁷ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

de que órgãos públicos do Estado de São Paulo estariam preparando licitação sob a égide do RDC, não se tem conhecimento, até o momento, de efetiva deflagração de certame dessa natureza, tampouco de decisão do Tribunal de Contas Paulista acerca de referido regime; por outro lado, no âmbito federal algumas experiências já foram perpetradas⁸, conforme se verifica a partir de análises efetuadas pelo TCU, nos termos dos excertos a seguir transcritos:

ACÓRDÃO Nº 1324/2012 – TCU – Plenário

- 1. Processo TC-038.038/2011-0*
- 2. Grupo II - Classe de Assunto V – Relatório de Levantamento de Auditoria*
- 3. Interessado: Tribunal de Contas da União (Secob-1)*
- 4. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero*
- 5. Relator: Ministro Valmir Campelo*
- 6. Representante do Ministério Público: não atuou*
- 7. Unidade Técnica: Secob-1*
- 8. Advogado constituído nos autos: não há*
- 9. Acórdão:*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Levantamento de Auditoria realizado pela Secob-1 nas obras no edital de licitação para a contratação de projeto executivo e execução das obras e serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do Terminal de Passageiros, adequação do sistema viário de acesso e ampliação do pátio de aeronaves para o Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza/CE, objeto dos Planos de Trabalho PT 26.781.0631.10ZB.0023/2011 e PT 26.781.2017.10ZB.0023/2012.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. determinar a Infraero, com base no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU que, nos casos de obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 – ou às Olimpíadas de 2016, somente utilize o Regime Diferenciado de Licitações Públicas (RDC), conforme o caso – nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori, em atendimento ao disposto nos arts. 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93;*
- 9.2. determinar à Secob-1 que nas próximas fiscalizações a serem realizadas nos editais dos aeroportos inscritos na matriz de responsabilidades da Copa do Mundo de 2014, avalie o cumprimento do item 9.1 desta decisão;*

⁸ Experiências de contratação integrada no Governo Federal:
DNIT - Ex: BR-163/PA, BR-163-364/MT, BR-262/ES - www.dnit.gov.br
VALEC - remanescentes da Ferrovia Norte-Sul - www.valec.gov.br
INFRAERO - Aeroporto de São José dos Pinhais - www.infraero.gov.br



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

9.3. encaminhar à Infraero cópia desta decisão, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam; e

9.4. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 20/2012 – Plenário.

11. Data da Sessão: 30/5/2012 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1324-20/12-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (na Presidência), Valmir Campelo (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

As licitações sob a égide do RDC, quando estabelecerem intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, devem prever mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante cobrir o menor preço ofertado com desconto irrisório

*Relatório de auditoria em obras no Aeroporto Internacional de Salvador/BA consignou achado referente a procedimento adotado em licitação sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), regulamentado pela Lei 12.462/2011. Consoante parecer da unidade técnica, as disposições do edital estabeleceram intervalo mínimo de valor apenas entre os lances de um mesmo licitante, mas não entre determinado lance e a melhor proposta até o momento, quando ofertada por outro participante. Com isso, licitantes que se utilizassem da prerrogativa de apresentar lances intermediários (inferiores a sua proposta anterior mas superiores ao menor lance registrado) poderiam, como realmente veio a ocorrer, esperar o momento apropriado para cobrir o menor preço com diferença irrisória (R\$ 0,01, no caso concreto), esperando que o concorrente superado desistisse da disputa, pois o novo lance a ser por este apresentado teria que respeitar o intervalo mínimo estabelecido pelo edital (R\$ 368.189,12, no caso concreto), o que poderia não ser do seu interesse (como não foi). Diante da situação fática verificada na licitação em exame e do risco de quebra de isonomia em certames da espécie, o Tribunal, seguindo o voto do relator, expediu recomendação à Infraero para “que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei 12.462/2011, preveja mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço”; no mesmo compasso, foi feita recomendação ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil/PR para que estudem a inclusão no regulamento do RDC de mecanismos que coíbam essa ocorrência. **Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013.***



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Nas licitações regidas pelo RDC é possível a abertura do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado, desde que em ato público e devidamente justificado

*Ainda no âmbito da auditoria realizada em obras no Aeroporto Internacional de Salvador/BA, o diretor da unidade técnica encarregada da instrução do processo apontou possível quebra de sigilo do orçamento na fase de negociação efetuada após a definição da melhor proposta da fase de lances. A negociação ocorreu porque o menor lance fora significativamente superior ao valor orçado. Como o valor final negociado representou desconto irrisório (0,023%) em relação ao orçamento da administração, a ocorrência poderia apontar para quebra do sigilo do orçamento em benefício da empresa licitante e em prejuízo à obtenção de proposta mais vantajosa. O relator considerou não haver elementos materiais mínimos para corroborar a ocorrência da irregularidade. Considerou também que, não obstante o momento da publicação do orçamento estar previsto na Lei 12.462/2011 (imediatamente após o encerramento da licitação, art. 6º) e no Decreto 7.581/2011 (imediatamente após a adjudicação do objeto, art. 9º), a questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória, pois “existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação”. Após apresentar situações hipotéticas para corroborar seu entendimento, concluiu: para se “fazer valer a real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não vejo, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação”. O Tribunal, então, endossou o entendimento do relator quanto a essa questão. **Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013.***

Acerca da adoção do RDC, destaca-se o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte, que, em sua página na internet⁹, noticia que é o responsável pela realização do maior número de licitações por meio do RDC na Administração Federal:

DNIT APRESENTA EXPERIÊNCIA EXITOSA DO RDC AO TCU E CGU

Autarquia publicou 73 editais e assinou 30 contratos na modalidade

Responsável pela realização do maior número de licitações pelo Regime Diferenciado de Contratações – RDC na Administração Federal, o DNIT apresentou sua experiência, nesta quinta-feira (07/02), a representantes do Tribunal de Contas da União – TCU, Controladoria Geral da União – CGU e Ministério do Planejamento. O diretor executivo da Autarquia, Tarcísio Gomes de Freitas, citou como principais vantagens desta modalidade, em relação à concorrência tradicional, a significativa redução de prazo, disputa de preço e interesse das empresas em estudar mais profundamente os projetos.

⁹ <http://www.dnit.gov.br/noticias/dnit-apresenta-experiencia-exitosa-do-rdc-ao-tcu-e-cgu>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

“O RDC agiliza a contratação de empreendimentos importantes para a infraestrutura nacional”, comentou. Entre a abertura da licitação e a homologação de resultados, uma concorrência pública demora, em média, 285 dias enquanto pelo RDC este prazo é reduzido a 79 dias, em média. Uma licitação realizada pelo Pregão demora, em média, 46 dias. Lembrando que a legislação relativa ao RDC sintetizou pontos existentes em outras leis, o diretor executivo destacou ainda a existência de uma única fase recursal e a inversão de fases da licitação.

Desde o início das discussões sobre a extensão do RDC para as obras integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, o DNIT se preparou para trabalhar com esta modalidade, antes restrita às contratações de obras para Copa do Mundo e Olimpíadas. Formou equipes que estudaram profundamente a matéria e vem discutindo permanentemente sua utilização. Até o momento, foram publicados 48 editais de licitação pelo RDC para obras de manutenção estruturada, o chamado Crema 2ª etapa, e 25 editais de grandes obras. Deste total, 30 contratos já foram assinados, no valor de R\$ 6,1 bilhões. O êxito nos certames correspondeu a 92%.

Durante sua exposição, Tarcísio Freitas esclareceu as dúvidas levantadas pelos presentes, a exemplo do dimensionamento e capacitação das equipes técnicas, critérios para definição das obras e estruturação da Autarquia em relação ao controle necessário. “Vai haver um fortalecimento dos quadros no que diz respeito à prática da engenharia – o DNIT voltará a ser referência na engenharia rodoviária”, declarou. Acrescentou ainda que a preocupação com o controle está estampada no planejamento estratégico, seguido de forma ortodoxa, incluindo a melhoria da fiscalização.

MODIFICAÇÕES QUE AMPLIAM O ALCANCE DO RDC

Conforme antes dito, o RDC constitui-se num novo regimento licitatório, introduzido em nosso ordenamento pela Lei Federal nº 12.462/2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011, inicialmente instituído para atender exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I. dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016;
- II. da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

- III. de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos jogos mundiais acima referidos.

Entretanto, e não obstante tal previsão ainda persistir no artigo 2º do Decreto nº 7.581/2011¹⁰, a Lei Federal nº 12.462/2011 foi alterada pelas leis [12.688, de 2012](#), [12.745, de 2012](#) e [12.722, de 2012](#).

Tais modificações basicamente trataram de incluir no artigo 1º da lei instituidora do RDC os incisos IV e V, bem assim o § 3º, nos seguintes termos:

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

(...)

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. ([Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012](#))

(...)

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. ([Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012](#))

¹⁰ Art. 2º O RDC aplica-se exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

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

II - da Copa das Confederações da **Fédération Internationale de Football Association** - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos em instrumento próprio pelo Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 - GECOPA, vinculado ao Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA; e

III - de obras de infraestrutura e à contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até trezentos e cinquenta quilômetros das cidades sedes das competições referidas nos incisos I e II do **caput**. Parágrafo único. (grifei)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Ante tais inserções, é possível inferir que o RDC, diferentemente de sua original concepção, agora se destina não só a projetos voltados à Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo 2014 e Jogos Olímpicos 2016, mas também é aplicável às ações integrantes do PAC, às obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS e às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

AÇÕES INTEGRANTES DO PAC

Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão¹¹, o PAC – “Programa de Aceleração do Crescimento”, instituído pelo Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007, representa um novo modelo de planejamento, gestão e execução do investimento público.

“Articular projetos de infraestrutura públicos e privados e medidas institucionais para aumentar o ritmo de crescimento da economia, modernizar a infraestrutura, melhorar o ambiente de negócios, estimular o crédito e o financiamento, aperfeiçoar a gestão pública e elevar a qualidade de vida da população” são alguns dos objetivos do PAC.

Busca tal programa ser um instrumento de inclusão social e de redução das desigualdades regionais, mediante ações e obras que gerem empregos garantidores de renda para a população.

A primeira etapa do PAC foi lançada no ano de 2007, pelo então Presidente Lula, e encerrou-se em dezembro de 2010; a segunda etapa, denominada “PAC 2”, foi lançada ainda no seu mandato, em março de 2010, para ser desenvolvida a partir de 2011, sob o comando da Presidente Dilma, estando previsto para o período de 2011 a 2014, sendo

¹¹ <http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=500&sub=677&sec=62>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

que, em relação ao PAC 1, houve um crescimento no valor dos investimentos: no primeiro ciclo, a previsão foi de R\$ 657 bilhões e, agora, no PAC 2, os investimentos somam R\$ 955 bilhões até 2014 (dos quais, até 31/12/2011, conforme o 3º Balanço do PAC, já teriam sido executados R\$ 204,4 bilhões).

Para uma perfeita compreensão dessa nova possibilidade de adoção do RDC, impende identificar as áreas de atuação do PAC.

Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o PAC está estruturado em seis eixos distintos, a saber:

- “Transportes”: Rodovias, Ferrovias, Portos, Hidrovias, Aeroportos e Equipamentos para estradas vicinais;
- “Energia”: Geração de Energia Elétrica, Transmissão de Energia Elétrica, Petróleo e Gás Natural, Refino e Petroquímica, Fertilizantes e Gás Natural, revitalização da Indústria Naval, Combustíveis Renováveis;
- “Cidade Melhor”: Saneamento, Prevenção em Áreas de Risco, Mobilidade Urbana, Pavimentação.
- “Comunidade Cidadã”: Unidade Básica de Saúde (UBS), Unidade de Pronto Atendimento (UPA), Creches e Pré-escolas, Quadras Esportivas nas Escolas, Praças dos Esportes e da Cultura.
- “Minha Casa, Minha Vida”: Programa Minha Casa Minha Vida, Urbanização de Assentamentos Precários, Financiamento Habitacional (SBPE).
- “Água e Luz para Todos”: Luz para Todos, Água em Áreas Urbanas, Recursos Hídricos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Ante a previsão legal contida no artigo 1º, inciso IV, da Lei do RDC, seria fácil chegar à conclusão de que toda e qualquer licitação voltada para as áreas de atuação acima identificadas agora pode valer-se do regime diferenciado de contratações públicas.

Entretanto, para uma legítima opção pelo RDC, parece-nos imprescindível restar plenamente evidenciado que se trata de contrato efetivamente amparado em recursos provenientes do PAC.

Isso porque não haveria razoabilidade na admissão do RDC em licitações e contratos que, embora voltados a objetos e ações descritos no PAC, não são por ele financiados.

Exemplo: não basta, para a adoção do RDC, que o Município intente uma obra de pavimentação (atividade prevista no PAC, inserida na área de atuação “cidade melhor”); é preciso que a referida ação seja efetivamente custeada com recursos provenientes do PAC.

Aliás, faz-se aqui uma crítica à forma adotada pelo legislador para a inserção dessa nova hipótese de adoção do RDC.

Não se afigura uma boa solução mencionar o PAC como o referencial para as atividades aptas a serem perseguidas por meio do novo regime.

O fato de se tratar de um programa de governo, político, portanto, confere ao PAC a possibilidade de ser, a qualquer tempo, alterado, conforme a conveniência do Governo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Desse modo, de se concluir que eventual alteração, redutiva ou ampliativa, nas áreas de atuação do PAC – decisão que se insere no âmbito do poder discricionário do Administrador – acarretaria, ainda que indiretamente, modificação das hipóteses de adoção do RDC, revestindo-se tal medida de poder normativo, que, de rigor, deveria ficar adstrito ao âmbito da lei em sentido estrito.

Mais que isso: nada impede que numa futura transição de governo deixe-se de adotar o “PAC” como forma de alcançar os objetivos a que ele se destina; nesse caso, a descontinuação do programa, ou até mesmo sua substituição por outro, tornaria letra morta a previsão legal em comento.

Em outras palavras, é dizer que, ao menos nesse específico aspecto, o alcance do RDC fica à mercê da vontade do Executivo.

Por tais razões, melhor teria sido se, ao invés de referir-se a “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”, a norma legal mencionasse, expressa e especificamente, quais as ações sujeitas ao diferenciado regime.

OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NO ÂMBITO DO SUS

Dentre as novas possibilidades de adoção do RDC, inserem-se também as “obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”.

Segundo o “Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde”¹², produzido pelo Ministério da Saúde, a contratação de tais

¹²

http://www.google.com.br/url?sa=t&rc=t=j&q=obras%20e%20servi%C3%A7os%20no%20%C3%A2mbito%20do%20sus&source=web&cd=6&ved=0CEIQFjAF&url=http%3A%2F%2Fportalses.saude.sc.gov.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D2689%26Itemid%3D82&ei=JJC4Ud-WGe6D0QH8oHoCw&usq=AFQjCNGGNI2cpCUeGFwMyGeOWH4WEGyrnA



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

serviços pelo setor público acompanhou a grande expansão da oferta de serviços privados de assistência hospitalar, ocorrida na década de 70 e financiada pelo estado.

A contratação dos serviços se dava de forma desordenada, conforme a oferta da iniciativa privada, não sendo, portanto, consideradas as necessidades da população, como também foi desordenada a expansão dos serviços, sem planejamento e avaliação. O governo federal, por meio do INAMPS, tornou-se o maior comprador de serviços de saúde, sem a participação das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

Com a Constituição de 1988, a saúde ganhou uma seção específica na qual foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS). A saúde passou a ser definida como um direito de todos e um dever do Estado, instituindo, assim, o princípio da universalidade no atendimento à saúde.

De acordo com o Ministério da Saúde¹³, a União é o principal financiador da saúde pública no país. Historicamente, metade dos gastos é feita pelo governo federal e a outra metade fica por conta dos estados e municípios. A União formula políticas nacionais, mas a implementação é feita por seus parceiros (estados, municípios, ONGs e iniciativa privada). O município, portanto, é o principal responsável pela saúde pública de sua população. A partir do Pacto pela Saúde, assinado em 2006, o gestor municipal passa a assumir imediata ou paulatinamente a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território.

Com referido Pacto, os estados e municípios passaram a receber os recursos federais por meio de cinco blocos de financiamento: 1 – Atenção Básica; 2 – Atenção de Média e Alta Complexidade; 3 – Vigilância em Saúde; 4 – Assistência Farmacêutica; e 5 – Gestão do SUS. Antes do pacto, havia mais de 100 formas de repasses de recursos financeiros, o que trazia algumas dificuldades para sua aplicação.

¹³ http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Nos termos da Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo que tais entes estatais destinarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais legalmente definidos, calculados sobre o produto da arrecadação de impostos (artigo 198, §§ 1º a 3º).

Assim, a nova previsão contida na Lei do RDC autoriza a adoção do regime diferenciado para contratos financeiramente suportado com recursos destinados ao Sistema Unificado de Saúde.

De se destacar, entretanto, que o legislador optou por autorizar a adoção do RDC não para todas e quaisquer despesas relacionadas ao SUS, mas somente para aquelas atinentes a obras e serviços de engenharia¹⁴, excluídos, portanto, os demais serviços e as compras.

OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NO ÂMBITO DOS SISTEMAS PÚBLICOS DE ENSINO

Finalmente, a terceira e - por ora - última alteração ampliativa do rol de hipóteses de cabimento do RDC: as “obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino”.

Logo de início, a localização da nova previsão é digna de crítica: não se vislumbra justificativa técnica para que, diferentemente das outras duas alterações já

¹⁴ Segundo Orientação Técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras públicas, OT - IBR 002/2009, “Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66” e “Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento”. Disponível em <http://www.ibraop.org.br/media/OT%20IBR%2002-2009%20-%20Ibraop%2001-07-10.pdf>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

analisadas (atinentes ao PAC e ao SUS), esta não se tenha dado pela inclusão de mais um inciso no artigo 1º da Lei do RDC.

Não se sabe por qual razão, houve por bem o legislador inserir essa alteração num deslocado § 3º do artigo 1º, dificultando sua identificação e o enfoque didático da matéria.

Seja como for, a previsão está lá, apta a produzir efeitos e, portanto, merecedora de análise.

Diz o dispositivo sob exame:

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. [\(Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012\)](#)

Trata-se de prescrição legal que, segundo noticiado na imprensa¹⁵, nasceu da seguinte forma:

Câmara aprova RDC para obras no sistema de ensino

*04 de setembro de 2012 | 21h 50
EDUARDO BRESCIANI - Agência Estado*

O plenário da Câmara dos Deputados aprovou uma proposta que estende o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para obras e serviços de engenharia no sistema público de ensino. O RDC é o modelo flexibilizado de licitações criado para a Copa do Mundo de 2014 e a Olimpíada de 2016 e que já tinha sido ampliado para abranger as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). A proposta foi incluída na Medida Provisória que instituiu o programa Brasil Carinhoso, que ampliou benefícios do programa Bolsa-Família. O projeto segue para o Senado Federal.

¹⁵<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,camara-aprova-rdc-para-obras-no-sistema-de-ensino,925929,0.htm>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

A votação aconteceu com manifestações contrárias da oposição. O PSDB apresentou um destaque para tentar tirar a proposta do texto da MP. A base, porém, se mobilizou e aprovou por 231 votos a 97 a ampliação do RDC para esta finalidade.

Os governistas defenderam a medida por entender que isso facilitará licitações para a construção de creches e escolas. A proposta foi incluída no projeto pelo relator, Pedro Uczai (PT-SC), e contou com o apoio do Executivo.

Desconhece-se uma definição legal para “sistemas públicos de ensino”; a expressão, todavia, é largamente utilizada para designar propostas pedagógicas de ensino, voltadas para o desenvolvimento intelectual, emocional e ético do aluno, via de regra, acompanhadas de material didático específico, tal como apostilas integradas.

De uma forma mais abrangente, o conceito pode também englobar soluções que incluem assessoria na gestão escolar, inclusive com capacitação do corpo docente.

Nesse sentido, aliás, Deliberação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que recomenda que contratações para esse fim sejam precedidas de licitação, preferencialmente do tipo técnica e preço:

DELIBERAÇÃO

TC-A-21176/026/06

Dispõe sobre a contratação de sistemas de ensino.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, considerando o crescente interesse da Administração Pública na contratação de sistemas de ensino;

Considerando que essa prática ora se apóia na inexigibilidade ou dispensa de licitação, ora no correspondente procedimento licitatório;

Considerando recomendável que licitações da espécie sejam resolvidas mediante necessária avaliação da qualidade técnico-pedagógica do material e serviços fornecidos;

Considerando, por fim, experiência recente decorrente do painel interativo a respeito da aplicação de recursos no Ensino, que integrou ciclo de debates promovidos pelo Tribunal;

RESOLVE EDITAR DELIBERAÇÃO, do seguinte teor:

Artigo 1º - A contratação dos sistemas de ensino deverá ser precedida do correspondente processo licitatório, preferencialmente do tipo técnica e preço.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Artigo 2º - Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 22 de agosto de 2007.

ANTONIO ROQUE CITADINI

Presidente e Relator

Publicado no DOE de 23.08.2007 e 25.08.2007

No contexto da Lei do RDC, entretanto, a expressão foi adotada em sentido absolutamente diverso, parecendo que o que se pretendeu mesmo foi possibilitar a adoção do regime diferenciado para ações ligadas à construção civil.

Isso porque a abrangência conferida pela nova prescrição está adstrita, tal como previsto para o âmbito do SUS, à realização de obras e serviços de engenharia.

Mesmo assim, o universo de contratações sujeitas ao RDC torna-se absolutamente vasto, sobretudo se imaginarmos que União, Estados e Municípios poderão, caso queiram, adotar o diferenciado regime para toda e qualquer obra ou serviço de engenharia voltado para as amplas áreas do SUS e do ensino público.

De se destacar que, diferentemente das ações decorrentes do PAC, as obras e serviços de engenharia realizados no âmbito do ensino público, tal como aquelas no âmbito do SUS, não parecem reclamar, para admissão do RDC, que os recursos financeiros empregados sejam de origem federal, bastando que o ente contratante comprove que a atividade de engenharia a ser executada é voltada ao ensino público.

Desse modo, projetos, construções e reformas (pinturas, coberturas, manutenções estruturais, elétricas, hidráulicas, etc.) de prédios que acolham estabelecimentos de ensino, bem assim de seus respectivos ginásios, auditórios, quadras poliesportivas, etc., independentemente do nível de escolaridade a que se destinam, são exemplos de obras e serviços de engenharia que, uma vez compreendidos no conceito de “sistema público de ensino”, estarão a permitir a adoção do RDC.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Acresçam-se, ainda, as obras serviços de engenharia voltados a creches e pré-escolas, já que estar na escola é um direito de toda criança desde o seu nascimento, conforme assegurado no [Estatuto da Criança e do Adolescente](#) (ECA) e na [Lei de Diretrizes e Bases](#) da Educação (LDB), sendo que, no Brasil, a educação infantil, etapa inicial da educação básica, atende crianças de zero a cinco anos: na primeira fase de desenvolvimento, dos zero aos três, as crianças são atendidas nas creches ou instituições equivalentes; a partir daí até completar seis anos, frequentam as pré-escolas¹⁶.

Nesse sentido, vale citar a Portaria nº 42, de 14.04.1999, do MOG¹⁷, que estabelece como integrantes da função “Educação” as seguintes subfunções: Ensino Fundamental, Ensino Médio, Ensino Profissional, Ensino Superior, Educação Infantil, Educação de Jovens e Adultos e Educação Especial.

Sobre o assunto, a própria Presidente da República já se manifestou¹⁸:

Mensagem da Presidenta sobre a chamada para a construção de mais 3.288 novas creches

Hoje trago duas novidades para a população de nossas cidades: o governo federal está recebendo propostas dos municípios para a construção de mais 3.288 novas creches, que poderão ser feitas com recursos do Tesouro Nacional, usando um projeto fornecido pelo Ministério da Educação (MEC) e seguindo o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Com essas novidades, as novas creches poderão ficar prontas em até sete meses, e com custo menor. É mais um passo que estamos dando para construir 6 mil creches até 2014. Queremos que toda criança tenha a oportunidade de receber os cuidados e os estímulos pedagógicos necessários à sua formação, especialmente as crianças das famílias mais pobres. E as creches são essenciais para atingirmos esse objetivo.

¹⁶ <http://www.brasil.gov.br/sobre/educacao/sistema-educacional/creche>

¹⁷ Atualiza a discriminação da despesa por funções de que tratam o inciso I do § 1º do art. 2º e § 2º do art. 8º, ambos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, estabelece os conceitos de função, subfunção, programa, projeto, atividade, operações especiais, e dá outras providências.

¹⁸ <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/conversa-com-a-presidenta/conversa-com-a-presidenta-85>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Mais Creches – Desde o início do governo, em 2011, nós temos 3.180 creches em obras ou já concluídas. Desse total, 612 estão prontas e 2.568 estão em obras. E já estão contratadas, para serem iniciadas, outras 2.217 creches, o que totaliza 5.397 creches. Com as 3.288 creches que estão incluídas nessa nova chamada pública, poderemos chegar a 8.685 novas creches pagas e entregues entre 2011 e 2014, mais que o nosso compromisso original. As prefeituras têm até o dia 31 de maio para enviar seus projetos ao MEC, indicando o terreno onde a creche deve ser construída e mostrando as necessidades de vagas para sua população. Se o projeto for aprovado, a União repassará o recurso para a construção e ajudará na manutenção da creche até que a prefeitura comece a receber os recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, o Fundeb. E se a creche estiver atendendo crianças beneficiárias do programa Bolsa Família, o governo federal repassará 50% mais recursos por cada um desses alunos, para a manutenção da unidade.

Projeto Pronto – Se a prefeitura usar o projeto do MEC, com creches pré-moldadas, terá mais facilidades, principalmente no caso dos municípios que têm dificuldade em fazer projetos próprios. O projeto seguiu exigências do MEC para que essas creches tenham conforto térmico, boa acústica nas salas e durabilidade. O Regime Diferenciado de Contratações pode ser utilizado em obras da área de educação desde outubro de 2012, e já pode beneficiar essas obras. O RDC permite que sejam adotados processos mais ágeis nas licitações e nos contratos para obras de engenharia.

Com essas novidades, em média, essas creches ficam 20% mais baratas que as convencionais, e podem ser concluídas em menos de um ano. Ainda há um prazo de dois meses para que as prefeituras elaborem seus estudos e enviem seus projetos para o MEC, antes do encerramento das inscrições para a seleção dos projetos. É uma excelente oportunidade a ser aproveitada pelas prefeituras, em benefício das nossas crianças e do nosso futuro.

CONCLUSÃO

Quando do nosso primeiro contato com o RDC, ao examinar o Projeto de Lei de Conversão, colhemos as seguintes impressões:

1. a despeito do art. 1º, § 2º, estabelecer que a opção pelo RDC resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/93, o novo diploma reproduz, em boa parte de seu



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

texto, conceitos contidos na Lei Geral de Licitações, ora transcrevendo-os literalmente, ora promovendo-lhes alguns pequenos ajustes, por vezes, de ordem meramente redacional. É o que se vê, por exemplo, nos incisos do art. 2º, que repetem o contido no art. 6º, VIII, “a”, “b”, “d” e “e”, IX, “a” a “f” e X, todos da Lei 8.666/93;

- 2. o art. 7º, III, prevê que a Administração poderá solicitar certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, sem, todavia, esclarecer em que momento deverá tal documento ser apresentado, o que, em tese, pode conflitar com as disposições da Súmula nº 17¹⁹ do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP);*
- 3. o art. 7º, IV, prevê que a Administração poderá solicitar carta de solidariedade emitida pelo fabricante, o que, em tese, pode configurar documento de terceiro e conflitar com a Súmula nº 15²⁰ do TCESP;*
- 4. segundo o art. 8º, § 5º, nas licitações onde for adotado o RDC na modalidade “contratação integrada”, será dispensada a elaboração de projeto básico pela autoridade competente; já o art. 9º, § 1º, do mesmo estatuto, dispõe que a “contratação integrada” compreende, além da execução, a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, que passam, portanto, a ficar a cargo da contratada. Tal sistemática parece passível de crítica, pois, além de se afastar sobremaneira do disposto no art. 7º, § 2º, I, da Lei 8.666/93, deixa de privilegiar um dos principais instrumentos de gestão das obras públicas: o planejamento, de modo que o projeto não mais será elaborado de forma independente da construção;*
- 5. o art. 9º, § 2º, III, prevê que, quando adotada a modalidade “contratação integrada”, será obrigatório o critério de julgamento técnica e preço, havendo dúvida quanto à adequada adoção irrestrita desse tipo de licitação;*
- 6. o art. 16 prevê a adoção dos modos de disputa aberto e fechado, que poderão, inclusive, ser combinados na forma de regulamento, o que não permite a compreensão plena do que efetivamente virá a ser essa modalidade de disputa;*
- 7. o art. 17, III, reclama do licitante vencedor da fase de lances a reelaboração das planilhas com indicação dos quantitativos e custos unitários, bem como detalhamento do BDI, o que pode conflitar com a jurisprudência do TCESP;*

¹⁹ Súmula 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

²⁰ Súmula 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

8. *o art. 22 prevê o julgamento pela “maior oferta de preço” no caso de contratos que resultem em receita para a Administração Pública, sendo que, em seu § 1º, referido artigo admite, quando adotado tal critério de julgamento, sejam dispensados os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira, o que pode levar a contratações de risco, em franco prejuízo ao interesse público;*
9. *o art. 23 traz alguns conceitos um tanto quanto imprecisos, tal como “contrato de eficiência” e “julgamento pelo maior retorno econômico”, o que parece demandar melhor regulamentação, sob pena de subjetivismo na condução de tais procedimentos;*
10. *o art. 24, III, dispõe que serão desclassificadas as propostas que apresentem preços manifestamente inexequíveis, sem que, todavia, traga a definição desse conceito, diferentemente do que faz a Lei 8.666/93, art. 48, § 1º;*
11. *o art. 29, III, prevê a possibilidade de adoção do Sistema de Registro de Preços, sendo que o art. 32, § 1º, admite a adesão à ata por qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no RDC, independente da esfera a que pertença, o que conflita com o entendimento doutrinário dominante acerca do tema, bem como diverge da jurisprudência do TCESP;*
12. *o art. 39, parágrafo único, prevê que se equipararão às alterações previstas no art. 65, I, “a”, da Lei 8.666/93 (aquelas procedidas unilateralmente pela Administração) as modificações supervenientes decorrentes de exigências apresentadas pelas entidades internacionais de administração do desporto, desde que homologadas pelo COI ou pela FIFA, não lhes sendo aplicáveis, inclusive, os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações (até 25% para obras, serviços ou compras e 50% para reformas); tal previsão pode ser alvo de críticas, que vão desde eventual afronta à soberania nacional, até a insegurança jurídica a que serão submetidos os contratados²¹;*
13. *o art. 40, II, estabelece que, quando o convocado não assinar o contrato, é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor, adequando, assim, a redação anterior constante do art. 42, II, do Projeto de Lei de Conversão à MP 521/2010, que admitia que os demais licitantes convocados praticassem as condições (preços) por eles próprios ofertados. Ocorre, no entanto, que, embora a redação do art. 40, II tenha sido readequada, criou-se um parágrafo único que manteve tal sistemática, qual seja, no caso de o vencedor recusar-se a assinar o contrato, convoca-se os licitantes remanescentes para celebração de ajuste nas condições por eles próprios ofertadas, o que, além de colidir com a regra insculpida no art. 64, § 2º da Lei 8.666/93, afasta-se do princípio da economicidade.*

²¹ Este é o único dos dispositivos analisados que não foi mantido por ocasião da conversão do projeto na Lei Federal nº 12.462/2011.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Agora, em decorrência desta segunda análise, verifica-se que o RDC foi profundamente alterado, não no tocante à sua sistemática propriamente dita, o que nos permite ratificar as conclusões acima, mas sim no que se refere às hipóteses em que é admitido.

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

Ainda que sua utilização seja facultativa, devendo a opção pelo regime diferenciado constar de forma expressa no instrumento convocatório, a adoção do RDC resulta no afastamento das normas contidas na Lei Geral de Licitações, exceto nos casos expressamente previstos na lei que lhe deu origem (art. 1º, §2º, Lei do RDC).

Por tais razões, essas profundas modificações que aumentaram sobremaneira o seu âmbito de incidência reclamam dos administradores redobrada atenção quando da eventual adoção do RDC, cumprindo registrar que na esfera do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não há, até o presente momento, julgamento acerca da matéria, portanto, prematuro tecer maiores considerações acerca de sua eficácia, eis que somente no exercício da fiscalização a ser perpetrada por aquele órgão de controle externo é que se poderá dizer com mais propriedade se da adoção do novo regime decorrem ou não efetivas vantagens.

*** Sérgio Ciquera Rossi é Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

**** Sérgio de Castro Jr. é Assessor Técnico-Procurador do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo***