

## REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: COMBINAÇÃO DE PROCEDIMENTOS DAS MODALIDADES JÁ EXISTENTES COM CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

**SP, 14/4/2014**

O polêmico Regime Diferenciado de Contratações (RDC), instituído pela [Lei Federal nº 12.462/2011](#), surge, aparentemente, como alternativa para amparar a Administração Pública brasileira na contratação dos objetos arrolados em seu art. 1º, haja vista a pouca agilidade observada hoje na desgastada [Lei Federal nº 8.666/1993](#).

Com a finalidade de mudar o panorama atual das contratações governamentais, caracterizado como moroso e ineficiente, a referida norma legal estabelece um procedimento próprio e específico, distinto, portanto, dos demais existentes nas [Leis Federais nºs 8.666/1993](#) ou [10.520/2002](#), que, de modo autônomo, conviverá com as demais modalidades licitatórias.

Acerca dos contornos jurídicos deste RDC, nos parece que o legislador acabou por combinar os diversos expedientes consagrados na legislação licitatória existente, cuja aplicabilidade prática torna mais célere o processamento da licitação, prestigia a economicidade, a eficiência administrativa, amplia a competitividade no certame, por exemplo.

Exemplificando nossa asserção, no âmbito do RDC, segundo o que já estabelece o art. 4º, § 1º, do [Dec. Federal nº 5.450/2005](#), que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito da União, determina o art. 13 da [Lei Federal nº 12.462/2011](#) que as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

Destaca-se, outrossim, consoante estabelece o art. 12 da norma legal em estudo, que durante o processamento da licitação por meio do RDC, como regra, ocorrerá *primeiramente* o julgamento das propostas comerciais ou a realização da fase de lances para, *posteriormente*, ser observado o atendimento das condições de habilitação dos interessados. Assim, em detrimento do regime constante da Lei de Licitações – que, de início, se aferem as condições habilitatórias dos proponentes para então julgar as propostas comerciais –, verifica-se que a regra no RDC passa a ser o rito de processamento consagrado no pregão, ou seja, a realização da habilitação pós-julgamento, dada a efetiva celeridade na condução do processo licitatório.

Outro dispositivo legal que merece o devido relevo é o art. 14, inc. II, da norma em estudo, que estabelece que será exigida a apresentação dos documentos habilitatórios apenas pelo *licitante vencedor da competição*, sendo esse um expediente assemelhado ao regramento constante do art. 4º, inc. XII, da [Lei Federal nº 10.520/2002](#), que determina que a análise da documentação habilitatória será restrita ao *particular que apresentou a melhor proposta*, ainda que a documentação seja apresentada na sessão inicial por todos os participantes. Por meio da referida disciplina, garante-se a celeridade

na condução do processo licitatório, uma vez que não será necessário analisar a documentação habilitatória de todos os proponentes que acudiram ao chamado da Administração Pública licitante.

Adite-se, ainda, que o inc. IV do art. 14 estudado, com o objetivo de ampliar a angulação de participantes no certame processado por meio do RDC, possibilita que a apresentação dos documentos afetos à regularidade fiscal seja realizada em momento posterior ao julgamento das propostas e apenas do licitante mais bem classificado, cuja exigência deverá, entretanto, constar expressamente do ato convocatório.

Tal regra permite que potenciais proponentes, em condições de executar o objeto da licitação, participem do certame, ainda que desprovidos de regularidade fiscal, garantindo-se a oportunidade futura daquele que apresentou a proposta mais vantajosa regularizar sua situação tributária, de forma a ter para si adjudicado o objeto do processo licitatório.

Melhor elucidando a questão, ensina o jurista Marçal Justen Filho que, *in verbis*:

A regra destina-se a evitar que licitantes potencialmente em condições de executar o objeto deixem de ser contratados em virtude de problemas fiscais. Em muitos casos, a ausência de regularidade fiscal não é um efetivo impedimento à atuação satisfatória do sujeito. Então, a Administração pode ser beneficiada pela obtenção de uma proposta satisfatória e vantajosa, ainda que formulada por um sujeito que não dispõe da documentação comprobatória de sua regularidade fiscal.

[...]

Mas a regra apresenta outra finalidade. Busca propiciar uma oportunidade para que o sujeito adquira regularidade fiscal. O dispositivo não autoriza a contratação de alguém em situação irregular, mas apenas permite que o sujeito, em vistas da perspectiva de uma contratação administrativa, providencie a regularização de sua situação fiscal. Então, o sujeito retornará ao cenário da atuação empresarial normal, superando um obstáculo existente até então" (*Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 282-283).

Demais disso, com o intento de melhorar ainda mais as condições de contratação, reverenciando, assim, o princípio da economicidade, restou introduzida outra regra da Lei do Pregão no RDC, conforme se infere no art. 26 da [Lei Federal nº 12.462/2011](#), o qual autoriza que a Administração licitante negocie condições mais vantajosas com o primeiro colocado, expediente não permitido no âmbito das modalidades tradicionais de licitações regidas pela Lei Federal nº 8.666/93.

Observa-se, outrossim, outra disciplina constante da [Lei Federal nº 10.520/2002](#), que restou incorporada no art. 27 da norma em estudo, a qual estabelece que, salvo no caso de inversão de fases (julgamento pós-habilitação), o procedimento licitatório terá fase recursal única, que ocorrerá após a habilitação do vencedor. Desta feita, estabelecendo o regulamento que todas as intercorrências observadas durante a condução do

certame serão analisadas em apenas um expediente recursal, garante-se que o processamento da licitação será mais célere.

No que tange às regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, restaram introduzidos no RDC, de certa forma, os mecanismos de competição observados na Lei do Pregão, bem como aqueles consagrados na Lei de Licitações, os quais poderão ser utilizados tanto na licitação processada de forma presencial quanto na eletrônica.

Nesse passo, a primeira forma de competição, denominada de “modo aberto de disputa”, que equivale ao modo de disputa constante do pregão e do leilão, é caracterizada pela realização de sessão pública na qual serão ofertados lances sucessivos, crescentes ou decrescentes pelos participantes.

Já o denominado “modo fechado de disputa” caracteriza-se pela apresentação de envelopes fechados, permanecendo sigilosos até a hora designada para a sua divulgação, sendo esse, aliás, o expediente utilizado nas modalidades tradicionais de licitação, devidamente arroladas no art. 22 da [Lei de Licitações](#).

Grife-se que é permitida a combinação dos modos de disputa supramencionados, quais sejam, o “aberto” e o “fechado”, sendo a forma de condução da fase competitiva explicitada pelos arts. 23 e 24 do [Dec. nº 7.581/2011](#), os quais estabelecem que, caso o procedimento se inicie pelo “modo de disputa fechado”, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta, com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19 do texto regulamentar. Nesse passo, caso o procedimento se inicie pelo “modo de disputa aberto”, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais fechadas.

Por fim, em relação aos critérios de julgamento adotados pelo regime diferenciado de contratações, verifica-se que o art. 18 da [Lei nº 12.462/2011](#) aplica como forma de julgamento da licitação: I – menor preço ou maior desconto; II – técnica e preço; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – maior oferta de preço; ou V – maior retorno econômico.

Em relação a alguns traços desses critérios de julgamento das licitações processadas por meio do RDC, estabelece o art. 26 do competente regulamento federal que o “menor preço ou maior desconto” considerará o menor dispêndio para a Administração Pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

Já em relação ao conhecido critério de julgamento que combina “técnica e preço”, conforme prevê o art. 28 da norma regulamentar, tem-se que este será utilizado exclusivamente nas licitações destinadas a contratar objeto de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica ou que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades oferecidas para cada produto ou solução.

Conforme se infere do art. 30 do decreto destacado, o critério de julgamento pela “melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico” poderá ser utilizado no processo seletivo que objetiva contratar projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, incluídos os projetos arquitetônicos e excluídos os projetos de engenharia.

No que tange ao critério de julgamento “maior oferta de preço”, na forma do art. 33 do competente regramento, tem-se que este será empregado nas licitações cujos futuros contratos resultem em receita para a Administração Pública.

Por fim, conforme estabelece o art. 36 do regulamento, será adotado o critério de “maior retorno econômico” quando se pretende selecionar uma proposta que proporcione maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

Desta feita, verifica-se que é mediante esses critérios de julgamento, somados às novas regras procedimentais, como acima restaram delineadas, que a Administração Pública brasileira, por meio do RDC, buscará a ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promoverá a troca de experiências e tecnologias objetivando uma melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivará a inovação tecnológica e, por fim, garantirá a isonomia entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, objetivos deste regime diferenciado de contratações, *ex vi* do art. 1º, § 1º, da norma legal em destaque.

Por Aniello dos Reis Parziale – Advogado, membro do Corpo Jurídico da NDJ