

# DIRETRIZES OPERACIONAIS VINCULANTES DO REGIME DIFERENCIADO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

*OPERATIVE DIRETIVES TO ENFORCE A DIFFERENTIAL SYSTEM  
FOR PUBLIC ADMINISTRATION CONTRACTS*

*Jessé Torres Pereira Junior*  
*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Marinês Restelatto Dotti*  
*Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Padronização do objeto; 2 Padronização de minutas de instrumentos convocatórios e de contratos; 3 Busca da proposta mais vantajosa segundo requisitos predefinidos, inclusive de sustentabilidade; 4 Condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive pagamento conforme desempenho; 5 Preferência para mão-de-obra,

materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução do objeto; 6 Parcelamento do objeto; 7 Respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade; 8 Normas de preservação e proteção ao meio ambiente; 8.1 Acessibilidade; 8.2 Impacto sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados; 9 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O texto propõe-se a esquadrihar as sete diretrizes operacionais que a Administração Pública deverá cumprir nas licitações e contratações diretas sujeitas ao RDC, a saber: (a) padronização do objeto; (b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos; (c) busca da proposta mais vantajosa para a Administração; (d) condições de aquisição, de seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado; (e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução; (f) parcelamento do objeto; e (g) respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Padronização. Parcelamento. Sustentabilidade. Vantajosidade. Pagamento.

**ABSTRACT:** This paper analyses the seven operating directives that the Brazilian Public Administration ought to perform in the contracts and bidding competitions held under the RDC (Differential Contract Regime), such as: (I) pattern uniformity for the object; (II) pattern uniformity for public invitations; (III) searching the more favorable proposal for the Administration; (IV) transaction, insurance and payment conditions similar to those adopted by the private corporations; (V) take into consideration, always as possible, in the contract budget, the personal, the goods and the technology that can be found at the local where the contract shall be accomplished; (VI) partible object; and (VII) obedience to principles and rules about environment, urban, patrimonial and accessibility protection.

**KEYWORDS:** Pattern Uniformity. Partible Object. Sustainability. More Favorable Proposal. Public Payment.

## INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 4º da Lei nº 12.462/11 que:

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

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

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

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

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

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

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

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

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

O art. 4º da Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, reúne as sete diretrizes que a Administração Pública cumprirá nas licitações e contratações diretas sujeitas ao regime diferenciado previsto na Lei nº 12.462/11, a saber: (a) padronização do objeto; (b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos; (c) busca da proposta mais vantajosa para a Administração; (d) condições de aquisição, de seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado, incluindo pagamento conforme ao desempenho da contratada; (e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que sem prejuízo da eficiência na execução do respectivo objeto e respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; (f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala; e (g) respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade.

Referidas diretrizes têm a inspirá-las a racionalização das atividades administrativas, a ampliação da competitividade e a contratação eficaz e eficiente para o fim de atender à implementação de políticas públicas específicas, destacando-se por singular peculiaridade: nada obstante diretrizes operacionais, na medida em que ditam o “como fazer” e, não, propriamente, “o que fazer”, resultem, de ordinário, de avaliações discricionárias, as diretrizes do art. 4º do RDC se apresentam providas de força vinculante da Administração,

seguindo-se que o seu eventual descumprimento poderá acarretar a invalidação da licitação ou do contrato. Daí o desusado interesse em esquadrihar-lhes o fundamento, o sentido e a extensão.

## 1 PADRONIZAÇÃO DO OBJETO

O Decreto-Lei nº 2.300/86, que dispunha sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Pública federal, assim tratava da padronização:

Art. 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção e assistência técnica.

A Lei nº 8.666/93, atual Lei Geral de Licitações, também conferiu à padronização o status de princípio da Administração Pública, dispondo em seu art. 15:

As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas”

O RDC estende a padronização às contratações pertinentes aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, à Copa do Mundo Fifa 2014, às obras de infraestrutura e de prestação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses campeonatos esportivos, às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

A eficácia (aptidão para produzir os resultados planejados) da padronização depende de haver compatibilidade entre as especificações técnicas do objeto e o desempenho na sua execução, o que significa que o objeto deve atender, em cada licitação ou contratação, a características técnicas uniformes estabelecidas pela Administração e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecida.

A padronização almeja, entre outras vantagens:

- (a) facilidade na manutenção, substituição e operação de bens, sistemas e estruturas;
- (b) aproveitamento de servidores já treinados para o manuseio de equipamentos ou serviços;
- (c) adequação dos trabalhos administrativos a produto, projeto ou tecnologia já integrante do patrimônio público, com especificações técnicas definidas; e
- (d) adaptação dos usuários às características operacionais, à compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho já existentes.

O art. 4º, I, alude, genericamente, à padronização do objeto, o que induz a possibilidade de a padronização alcançar bens, serviços e obras. Os artigos 29, IV, e 33, *caput*, do RDC são expressos a esse respeito, *verbis*:

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: [...] IV - catálogo eletrônico de padronização. [...]

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação.

Parágrafo único. O catálogo referido no *caput* deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

Assim também no Decreto nº 7.581/11, regulamentador do RDC:

Art. 110. O Catálogo Eletrônico de Padronização conterá:

I - a especificação de bens, serviços ou obras; [...]

§ 1º O Catálogo Eletrônico de Padronização será destinado especificamente a bens, serviços e obras que possam ser adquiridos ou

contratados pela administração pública pelo critério de julgamento menor preço ou maior desconto.

A definição das condições de manutenção, assistência técnica e garantia<sup>1</sup>, deve ser objetiva e técnica, fundamentada em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o atendimento ao interesse público. Avanço tecnológico e restrição do universo de fornecedores desaconselham, só por si, a padronização, sendo imprescindível, então, a apresentação de justificativa técnica pela Administração.

A padronização de marca é possível nos termos admitidos pelo Tribunal de Contas da União:

9.3.2. no caso de eleição de produto de determinada marca ou determinado fabricante, para fins de padronização, faça constar do respectivo procedimento justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, apresentando estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da Administração, considerando as condições de operação, manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas, devendo apresentar comprovação inequívoca de ordem técnica de que produto de marca similar não tem qualidade equivalente e que somente a marca escolhida atende às necessidades específicas da administração, considerando, sempre, que esse procedimento constitui exceção ao princípio constitucional da isonomia, bem como à regra que veda a restrição do caráter competitivo da licitação, prevista no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, e de acordo com a jurisprudência deste Tribunal (Decisão nº 1.518/2002 - Plenário e Acórdão nº 1.482/2003 - 1ª Câmara, entre outras deliberações). (Acórdão nº 2664/2007, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer. Processo nº 027.522/2007-1).

A possibilidade de indicar-se a marca para efeito de padronização conta, hoje, com orientação expressa no verbete 270, da Súmula do TCU: *“Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.”*

---

1 A Orientação Técnica 003/2011, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP, estabelece os parâmetros para as avaliações de qualidade das obras públicas, durante o seu período de garantia, mais notadamente nos cinco anos de responsabilidade objetiva dos executores, bem como elementos para acionamento dos responsáveis pela reparação dos defeitos.

Veja-se, contudo, que o processo de padronização não conduz, necessariamente, à contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Somente em situações em que o processo de licitação se mostre inviável será possível a contratação direta (Lei nº 8.666/93, art. 25). Logo, indispensável a demonstração dessa inviabilidade, o que não ocorrerá se existir mais de um fornecedor da marca que resultou padronizada, em condições de fornecê-la competindo com os demais.

De acordo com o Tribunal de Contas da União<sup>2</sup>, a padronização, em regra, não afasta a realização de procedimento licitatório, já que pode haver no mercado mais de um fornecedor do produto padronizado, a exemplo dos casos em que a comercialização não é feita diretamente pelo fabricante ou representante exclusivo. O que faz ponderar sobre o fato de que a padronização não se faz em razão da marca, mas a partir de especificações técnicas que o produto deve reunir para atender às necessidades da Administração, com exclusão de qualquer outro. Padronizadas tais especificações e atributos técnicos, pode ocorrer que somente o produto de determinada marca as atenda.

Averbe-se o entendimento da Quinta Turma do TRF da 1ª Região, ao julgar o agravo de instrumento nº 2005.01.00.023543-8/DF, relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, *verbis*:

Agravo de instrumento contra decisão que suspendeu concorrência promovida pelo Bacen, que tem por objeto a aquisição de uma Solução Integrada de Gestão Empresarial (ERP – Entertainment Resource Planning) e um Sistema Gerenciador de Banco de Dados – SGBD. A decisão recorrida considerou que a restrição imposta no edital, quanto ao sistema de banco de dados a ser adquirido e que deve ser utilizado pelo Sistema ERP, configurou indevida restrição à competitividade do certame, pois obstar a participação de empresas fornecedoras de SGBD desenvolvidos por outros fabricantes. Salientou, ainda, que a padronização não pode ser realizada ao alvedrio da Administração Pública, devendo ser precedida de procedimento específico.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. Esclareceu o Voto que o Bacen realizou procedimento administrativo de padronização, a fim de analisar os sistemas de banco de dados, no qual concluiu que o sistema ora disposto no edital é o que melhor atende aos interesses da Administração, sendo utilizado pela autarquia desde

---

2 Licitações & Contratos. *Orientações e Jurisprudência*. 4. ed. TCU. p. 217.



1998. Torna-se evidente que uma mudança no padrão do sistema de banco de dados adotado acarretaria maiores ônus de implantação e manutenção, bem como gastos adicionais de treinamento de pessoal, além do risco quanto à segurança das informações constantes dos bancos de dados atualmente existentes.

Observou que a conduta da Administração pautou-se pela observância do princípio da legalidade. A padronização não constitui mera faculdade do administrador, ela é um instrumento dirigido às futuras aquisições a serem efetuadas pelo Poder Público, na medida em que, uma vez adotada, haverá eliminação quanto à seleção dos produtos a serem adquiridos, refletindo diretamente na execução do contrato, pois as técnicas de utilização e conservação serão idênticas para todos os objetos. Sua finalidade é especialmente a redução de custos de implantação, manutenção e treinamento de mão-de-obra, o que atende aos princípios da economicidade e da eficiência, propiciando uma melhor destinação das verbas públicas, a melhoria na execução de atribuições e a plena continuidade de serviços.

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, dando cumprimento à diretriz da padronização, estabeleceu que, nas licitações realizadas para a formação do registro de preços, em que haja mais de um órgão ou entidade pública participante, seja evitada a contratação de mais de uma empresa para a execução do mesmo serviço em uma mesma localidade. Assim:

Art. 93 [...]

§ 2º Na situação prevista no § 1º, será evitada a contratação de mais de uma empresa para a execução do mesmo serviço em uma mesma localidade no âmbito do mesmo órgão ou entidade, com vistas a assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

## **2 PADRONIZAÇÃO DE MINUTAS DE INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS E DE CONTRATOS**

A segunda diretriz arrolada no art. 4º do RDC consiste na padronização de minutas de instrumentos convocatórios e de contratos, as quais devem ser previamente aprovadas pelo órgão jurídico competente.

O papel da assessoria jurídica, ao analisar previamente as minutas que lhes são submetidas, é o de evitar defeitos capazes de macular o

procedimento licitatório, podendo ensejar sua nulidade, e também a do contrato dele resultante. Ronny Charles<sup>3</sup> leciona:

O prévio exame das minutas, pelo órgão de assessoramento jurídico, é de suma importância, pois permite um controle preventivo da legalidade, evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público. Assim, imagina-se evitar a concretização de ato danoso ao Erário e a materialização de prejuízos que a atuação repressiva, na maioria das vezes, não consegue recuperar.

A remessa prévia à assessoria jurídica constitui dever do gestor público, cujo descumprimento acarreta consequências no campo das responsabilidades funcionais.

A manifestação da assessoria jurídica, na forma estatuída pelo art. 4º, II, do RDC, é obrigatória, mas não vinculativa para o gestor, que pode dela discordar desde que apresente as razões de fato e de direito que lhe dê sustentação. Extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

O seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 19/2002 Plenário é bastante esclarecedor nesse sentido: ‘Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes do gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional. Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação’ (Acórdão nº 939/2010, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, Processo nº TC 007.117/2010-8).

A padronização de minutas de instrumentos convocatórios e de contratos visa racionalizar as atividades dos agentes encarregados de elaborá-las e também da assessoria jurídica, a quem compete analisá-las e aprová-las. Com a padronização definem-se os parâmetros necessários,

---

<sup>3</sup> CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM. p. 240.

suficientes e aplicáveis a determinada contratação, os quais serão reunidos em peças modelos (minutas de instrumentos convocatórios, de contratos, de termos de referência, de projetos básico e executivo), otimizando-se o desempenho das funções administrativas, técnicas e jurídicas daqueles agentes e assessores. A padronização propicia, ainda, celeridade processual, alçada a princípio constitucional por força do disposto no art. 5º, LXXVIII (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, instituiu o Catálogo Eletrônico de Padronização, sistema informatizado destinado à padronização de bens, serviços e obras a serem contratados pela Administração Pública. Além da especificação desses objetos e da descrição de requisitos de habilitação de licitantes, em conformidade com o respectivo objeto, o Catálogo afirma, em seu art. 110, que conterà:

III - modelos de:

- a) instrumentos convocatórios;
- b) minutas de contratos;
- c) termos de referência e projetos referência; e
- d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

Assim como se lê no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o art. 4º, II, do RDC não estabeleceu a obrigatoriedade de que a cada procedimento licitatório ou contratação direta seja encaminhada a respectiva minuta de instrumento convocatório e contrato a exame e aprovação da assessoria jurídica. A existência de minutas padronizadas e previamente aprovadas pela assessoria jurídica prescinde, em caráter excepcional, de reanálise. Será legítima nas contratações corriqueiras da Administração e desde que esta se limite a preencher dados específicos da contratação, como quantidade, prazo e local para a entrega, sem alterar quaisquer condições ou cláusulas anteriormente examinadas.

Recorde-se a orientação do TCU, que se pode estender ao art. 7º, II, do RDC, extraída da obra *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*:

É aceitável dispensar-se a manifestação da assessoria jurídica quando existirem minutas-padrão já por ela examinadas e aprovadas?

Em licitações corriqueiras, em que as variações entre as respectivas minutas (a minuta-padrão previamente aprovada e a minuta que a Administração pretende utilizar) são ínfimas, restringindo-se, *v.g.*, à *adequação de dispositivos e cláusulas, como as referentes à quantidade do objeto, prazos e local para entrega, sem que se altere qualquer outro dispositivo e/ou cláusula do instrumento previamente examinado e aprovado*, é admitido, em caráter excepcional, o não envio da minuta para a assessoria jurídica.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 não é expreso quanto à obrigatoriedade de que cada procedimento licitatório ou contratação direta tenha a respectiva minuta submetida a exame e aprovação pela assessoria jurídica. Além disso, a existência de minutas-padrão, previamente examinadas e aprovadas na forma do disposto no parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93, contribui para a padronização de procedimentos e a celeridade processual, esta alçada a princípio constitucional por força da EC nº 45, de 2004, e homenageia o princípio da eficiência na medida em que recursos materiais e humanos podem ser direcionados à execução de outras tarefas administrativas.

Mas a dispensa de remessa à assessoria jurídica por existir minuta-padrão pressupõe a comprovação do gestor público, no processo da licitação ou da contratação direta, de que a minuta entranhada nos autos segue o modelo previamente aprovado, com indicação de número e data da respectiva manifestação jurídica, a indicação dos dispositivos e/ou cláusulas que sofreram alteração em relação à minuta-padrão e a justificativa quanto à adequação pretendida em relação aos demais dispositivos e cláusulas da minuta-padrão.

No Manual do Tribunal de Contas da União, intitulado Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência, 4ª edição, p. 270, a Corte orienta que:

É permitida a utilização de modelos padronizados de editais e de contratos previamente submetidos à análise da área jurídica do órgão ou entidade contratante. Nesses modelos, o gestor limita-se a preencher dados específicos da contratação, sem alterar quaisquer condições ou cláusulas anteriormente examinadas.

Cabe ao gestor público verificar a conformidade entre a licitação ou a contratação direta que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Em vista das peculiaridades de cada caso concreto e havendo dúvida acerca da perfeita identidade das minutas, deve prevalecer a regra geral de colher-se a manifestação da assessoria jurídica. Se houve alteração nas normas de regência após a aprovação das minutas-padrão, impõe-se, também nesse caso, a remessa das novas minutas ao exame e aprovação da assessoria jurídica.

Ao examinar e aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade sobre os procedimentos licitatórios e contratações diretas em que tenham sido utilizadas. O gestor responderá pela decisão de não encaminhar minuta-padrão à assessoria jurídica quando tal procedimento se impunha em razão da substancial ajustamento em dispositivos ou cláusulas previamente aprovadas. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Dotti. São Paulo: Editora NDJ. 2012. p. 132)

Nos julgados que se seguem, a Corte de Controle explicita que, em caráter excepcional, é aceitável a utilização de minuta-padrão de edital e/ou contrato, previamente aprovada por assessoria jurídica da Administração:

(a) “6. Acerca do assunto, o Tribunal recentemente apreciou pedido de reexame interposto pela [...] contra o Acórdão nº 1.577/2006-TCU-Plenário e deliberou no sentido de modificar alguns dispositivos dessa deliberação, conferindo a um deles a seguinte redação (Acórdão 3014/2010-Plenário):

9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.

7. Haja vista que, naquela ocasião, a matéria foi devidamente debatida, não ocorrendo nenhuma divergência, penso que o entendimento deva ser mantido.” (Acórdão nº 873/2011, Plenário, Relator Min. José Jorge, Processo nº 007.483/2009-0);

(b) “9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto – e este representar contratação corriqueira – e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta- padrão” (Acórdão nº 3014/2010, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes, Processo TC-005.268/2005-1);

(c) “Trata-se de pedido de reexame interposto [...] contra a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003-Plenário, expedida nos seguintes termos (fl. 124 do volume principal):

‘1.1 - que submeta à aprovação de sua Assessoria Jurídica todas as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, conforme exige o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93’.

#### Voto do Ministro Relator

Conheço do pedido de reexame, uma vez observados os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48 da Lei 8.443/92 e no art. 286 do Regimento Interno.

Houve divergência nos órgãos instrutivos sobre o melhor encaminhamento a ser dado ao pedido de reexame [...] acerca da proibição da utilização de minutas-padrão em procedimentos licitatórios.

O Analista da Secretaria de Recursos acolhe a argumentação do recorrente, que se fundamenta essencialmente nos princípios da eficiência e da economicidade, e que estão sintetizados nos seguintes parágrafos, *in verbis*:

‘A melhor gestão de recursos disponíveis é, sem dúvida, a que resulta do planejamento. Nesse sentido, o procedimento normatizado pelo [...] Recorrente, que uniformiza a atuação dos seus administradores em todo o País, resulta em gestão de recursos com respeito ao princípio da economicidade, além de adequar-se ao princípio da moralidade. O

atendimento das instruções pelo Administrador vem impedir quaisquer equívocos ou desvios, tornando transparente, célere e diminuindo os custos do procedimento licitatório. Ganha a empresa com a otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato.

Portanto, outra conclusão não há: a adoção por parte [...] Recorrente da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos comuns que se repetem periodicamente em todo o País, que já contaram com a análise e a aprovação prévia pelo órgão jurídico, e que são inseridos em suas instruções internas, é procedimento adequado a uma administração eficiente - como deve ser para quem atua em regime de concorrência com as empresas privadas - e termina por concretizar o princípio da eficiência constitucional.'

Os dirigentes da Serur e o Ministério Público discordam. Nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, a exigência de manifestação prévia seria para cada procedimento licitatório.

A padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõe atuação individualizada. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadram-se nessa hipótese.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in 'Direito administrativo', 14<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2002, pg. 81, ao tratar de princípios da administração pública, ensina que:

'O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); [...].'

Segundo Hely Lopes Meirelles, in 'Direito administrativo brasileiro', Malheiros Editores, São Paulo, 22<sup>a</sup> ed., pg. 90, o dever de eficiência corresponde ao 'dever de boa administração' e 'é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público [...]'

Assim, admitindo-se a existência de procedimentos licitatórios idênticos tanto em relação ao objeto quanto em relação às quantidades ou, então, quanto à modalidade licitatória, a utilização de minutas-padrão não fere o dispositivo legal que impõe a prévia manifestação da assessoria jurídica sobre a regularidade das minutas dos editais e dos contratos. Aliás, sobre esse aspecto - responsabilidade da assessoria jurídica -, Marçal Justen Filho - in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 370 - afirma:

'Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas ações.'

Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto.



A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. Assim, a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente (fl. 8/9 do anexo 1), limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.

Em face do exposto, com vênias do titular da unidade técnica e do Ministério Público, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

Acórdão

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, parágrafo único, c/c o 33 da Lei 8.443/92:

9.1. conhecer do pedido de reexame e dar-lhe provimento;

9.2. tornar insubsistente a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003 - Plenário;

9.3. dar ciência da presente deliberação ao recorrente.” (Acórdão nº 1504/2005, Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 001.936/2003-1).

(d) No Acórdão nº 392/2006, Plenário, sumariou a Corte de Contas Federal:

“PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO DE EDITAIS E CONTRATOS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO.

[...]

2 - É legal a utilização de procedimentos licitatórios padronizados, desde que atenda aos princípios da legalidade, da eficiência, da

proporcionalidade e que o gestor verifique a conformidade entre a licitação pretendida e a minuta-padrão do edital e do contrato previamente examinados e aprovados pelo órgão jurídico.” (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 008.107/2005-4).

Na Lei nº 8.666/93 inexistente disposição expressa acerca da competência para a elaboração do instrumento convocatório da licitação. A lei alude, genericamente, a “*agentes públicos*” no seu art. 3º, § 1º, incisos I e II, *verbis*:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

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

O art. 40 da mesma lei define o conteúdo mínimo obrigatório do edital, mas não nomeia o responsável por sua elaboração – “O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:”.

Entre as atribuições da comissão de licitação, previstas na Lei nº 8.666/93, não figura a competência para a elaboração do instrumento convocatório, como se depreende de seus artigos 6º, XVI, e 51, *verbis*:

Art. 6º [...]

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. [...]

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

Tampouco a Lei nº 10.520/02, que dispõe sobre normas gerais para a utilização da modalidade licitatória do pregão, e o seu Decreto regulamentador nº 3.555/00 outorgam a competência para a elaboração do instrumento convocatório. Assim:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: [...]

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - o credenciamento dos interessados;

II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;

IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;

V - a adjudicação da proposta de menor preço;

VI - a elaboração de ata;

VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;

VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Na dicção do Decreto federal nº 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, a competência para a elaboração do instrumento convocatório da licitação será do setor que assim for indicado como responsável na estrutura do órgão ou entidade, certo que não será o pregoeiro:

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial: [...] II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração; [...]

Art. 18 [...] § 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

O RDC inova o tratamento normativo da matéria, portanto, ao declinar que a competência para elaborar minutas de instrumentos convocatórios e contratos é da comissão de licitação, incumbindo à Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização elaborar minutas-padrão. Assim estabelece o Decreto nº 7.581/11:

Art. 7º São competências da comissão de licitação:

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

Art. 110. O Catálogo Eletrônico de Padronização conterá: [...]

III - modelos de:

- a) instrumentos convocatórios;
- b) minutas de contratos;
- c) termos de referência e projetos referência; e

d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

Mayara Ruski Augusto Sá<sup>4</sup>, na obra *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*, pondera que:

[...] a opção a ser feita pela Comissão de Licitação entre a elaboração das minutas ou a utilização dos modelos padronizados, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.581, não pode ser livremente exercida. Caberá à Comissão de Licitação, diante de cada caso concreto, identificar a viabilidade ou não de utilizar as minutas padronizadas de instrumento convocatório e de contrato. Trata-se da solução a ser preferencialmente adotada, sempre que possível, no regime diferenciado de contratações públicas. Quando os modelos padronizados não forem adequados para atender ao objeto licitado, deverão ser apresentadas as devidas justificativas para a não adoção da padronização no caso concreto.

Ao remeter a competência para a elaboração das minutas de atos convocatórios e contratos àquelas comissões, o RDC reflexamente fixou a responsabilidade por eventuais irregularidades ou ilegalidades existentes nesses instrumentos. Responderão, solidariamente, todos os integrantes das respectivas comissões, salvo se posição divergente, devidamente fundamentada, constar expressamente no processo. Se outro agente externo à comissão influenciou na formulação desse instrumento, será chamado a responder por eventuais vícios, na medida de sua culpabilidade, ou seja, será necessário aquilatar o grau de participação e as circunstâncias em que atuou para o efeito de responsabilização.

### **3 BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA SEGUNDO REQUISITOS PREDEFINIDOS, INCLUSIVE DE SUSTENTABILIDADE**

A mesma diretriz prevista no inciso III do art. 4º do RDC (busca da maior vantagem para a Administração) apresenta-se no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (seleção da proposta mais vantajosa para a Administração). Nem sempre a busca da maior vantagem traduz-se na escolha da proposta de menor preço. Haverá casos em que a proposta mais vantajosa para a Administração será aquela que comprove dispor de melhores condições técnicas e/ou econômicas para executar o contrato.

4 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 46.

Fundamental, contudo, que tais condições constem objetivamente no instrumento convocatório para o efeito de selecionarem-se as propostas que as atendam.

A aquisição de bens que produzam menor impacto ambiental traduz-se em contratação mais vantajosa, ainda que eventualmente não seja o menor preço disponível no mercado quando comparado com produtos convencionais que, embora similares, careçam de atributos fundamentais para atender ao interesse público na preservação do meio ambiente. Esta constitui objetivo maior da atuação do Estado, conforme estabelecem os artigos 170, VI, e 225 da Constituição Federal<sup>5</sup>. Produtos, serviços e obras de menor impacto ambiental, ainda que apresentem maior custo na contratação, produzem maior economia ao longo de sua utilização. Isto porque previnem ou reduzem custos com a reparação de danos ambientais, apresentam maior durabilidade, menor consumo de energia e matéria prima, custo menor de manutenção, facilidade para reciclagem ou melhor se enquadram em planos de gestão de resíduos.

O julgamento baseado no menor preço ou maior percentual de desconto submete-se à verificação de requisitos mínimos de qualidade, durabilidade e garantia do objeto. Antes da análise do preço, a comissão verificará se as propostas apresentadas atendem às especificações enunciadas no instrumento convocatório, desclassificando aquelas desconformes. Por meio da competição, a Administração preordena as propostas mais vantajosas, mas é da competição nos termos estabelecidos no instrumento convocatório que resulta a proposta que superiormente interessa à Administração. Se padrões ambientais, de caráter social, técnico e/ou econômico interessam à Administração Pública, devem ser inseridos nas licitações e descritos nos instrumentos convocatórios de maneira clara, precisa e objetiva. A aquisição de um produto que cumpre política pública de proteção ao meio ambiente, *v.g.*, não viola o princípio do julgamento objetivo se seus padrões estiverem objetivamente definidos no instrumento convocatório, inclusive quando considerado como critério de pontuação técnica. É a expressa orientação do Decreto nº 7.581/11:

---

<sup>5</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

“Art. 29 [...] Poderão ser utilizados parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas técnicas”;

“Art. 31 [...] § 2º Poderão ser utilizados parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas nas licitações para contratação de projetos”.

Para a identificação da proposta mais vantajosa, mesmo a baseada no menor preço ou maior percentual de desconto, sem que haja restrição ao caráter competitivo da licitação, imprescindível que os custos e benefícios diretos e indiretos - de natureza econômica, social ou ambiental, relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos e ao índice de depreciação econômica - sejam objetivamente mensuráveis, segundo parâmetros definidos no instrumento convocatório. É que estabelece o RDC, *verbis*:

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

Igualmente nas normas regulamentares do Decreto nº 7.581/11:

Art. 26. O critério de julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados às despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme parâmetros definidos no instrumento convocatório.

§ 2º Parâmetros adicionais de mensuração de custos indiretos poderão ser estabelecidos em ato do Secretário de Logística

e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O Tribunal de Contas da União, pronunciando-se sobre a cláusula geral do desenvolvimento nacional sustentável prevista no art. 3º da Lei nº 8.666/93, sublinha a necessária indicação dos parâmetros de mensuração de critérios de sustentabilidade nas licitações e, também, sobre a específica indicação das normas aplicáveis aos critérios adotados, com o propósito de introduzir elementos de certeza ao certame, de maneira a não transferir ao licitante um ônus que é da Administração, qual seja, o de definir objetivamente o que se espera do contratado. Eis o julgado:

131. É verdade que a Lei 8.666/1993 contempla a promoção do desenvolvimento nacional sustentável entre os princípios básicos a serem observados nos procedimentos licitatórios, conforme estipulado no art. 3º dessa Lei. Assim, a princípio, o [..] estaria atendendo a tais preceitos ao incluir regras de sustentabilidade no certame em comento.

132. No entanto, apesar da louvável iniciativa, o Instituto peca na forma adotada para implementar tais regras no certame em comento, ao deixar de estabelecer critérios objetivos para mensuração das exigências estabelecidas no Edital a esse respeito, conforme se observa no texto dos itens 10.7.1.4 e 10.7.1.10, *literis*:

SUBITEM: “10.7.1.4 A empresa deve comprovar que adota medidas para evitar o desperdício de água tratada;”

SUBITEM: “10.7.1.10 A empresa deve atender à legislação geral e específica quanto à armazenagem e descarte de refugos para reciclagem, tais como aparas de papel, chapas de alumínio usadas na impressão, solventes, borra de tinta”

133. Conforme se constata, o [..] não estabelece qualquer critério para avaliação do atendimento de tais exigências. Por exemplo, o que seria avaliado como “medidas para evitar desperdício de água tratada”? A nomenclatura é vaga e dificulta a realização de avaliação objetiva de tal quesito, uma vez que não se estipulou que tipo de medidas seriam consideradas válidas para esse fim.

134. Da mesma maneira, não foram estabelecidos quaisquer padrões para avaliação da proposição estabelecida no subitem 10.7.1.10.



A qual legislação se referia o Instituto ao mencionar: “legislação geral e específica”? Seguindo os mesmos moldes do item anterior, o [...] não estabeleceu a forma de verificação do atendimento a essa legislação.

135. Se o propósito do [...] era adotar as regras dispostas na IN/MPOG 1/2010, conforme alega o Instituto, a menção deveria ser específica a esse normativo e não da forma como foi posta, a qual propicia a subjetividade na avaliação desses quesitos, contrariando um dos princípios basilares da licitação estabelecido na Lei 8.666/1993, qual seja: o julgamento objetivo.

136. De acordo com o art. 6º da Instrução Normativa em comento, os editais para contratação de serviços deverão prever que as empresas contratadas adotarão as seguintes práticas de sustentabilidade na execução dos serviços, quando couber (grifamos):

[...]

II - adote medidas para evitar o desperdício de água tratada, conforme instituído no Decreto nº 48.138, de 8 de outubro de 2003;

[...]

VII - respeite as Normas Brasileiras - NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos; e

VIII - preveja a destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis, segundo disposto na Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999.

137. Assim, ao deixar de mencionar a referida IN, o [...] omitiu também a remissão ao Decreto nº 48.138/2003, do estado de São Paulo, feita naquela Instrução Normativa, o qual fixa regras para atendimento dos quesitos estabelecidos no subitem 10.7.1.4 do Edital do Pregão 19/2011.

138. A importância da remissão ao normativo decorre do fato de ser ele a ferramenta que traduz a expressão “evitar o desperdício de água” em ações que podem ser observadas de forma objetiva, relacionando as principais condutas a serem adotadas no uso da água de forma a otimizar o seu gasto. Tal descrição é necessária, com

vistas a evitar o excesso de discricionariedade por parte do gestor. Então, a retirada do elemento do normativo que delimita o que deve ser avaliado, permite que se questione a objetividade no julgamento do certame e levante dúvidas acerca da intenção do gestor ao incluir tais quesitos no edital.

139. De maneira semelhante, o subitem 10.7.1.10 faz referência aos resíduos decorrentes da atividade da empresa, tal como expresso no art. 6º, VII e VIII, da IN. Portanto, seria recomendável que o instituto, tal como a norma, mencionasse expressamente a legislação/norma a que faz referência, pois, caso contrário, introduz um elemento de incerteza no certame e transfere ao licitante um ônus que deveria ser seu - a completa definição do que se espera do contratado.

140. Sobre a adoção de critérios de sustentabilidade nas licitações, vale mencionar manifestação dessa Corte de Contas sobre o tema, ao destacar: “Para definir o objeto da licitação, o administrador deve estar atento às peculiaridades do mercado, às diferentes exigências da Lei de Licitações e aos critérios de sustentabilidade ambiental previstos na IN/MPOG nº 01/2010” (Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, 4a. Ed, pg.148).

141. Ainda sobre o mesmo tema, este Tribunal ressalta (Licitações e Contratos, 4a. Ed, pg.210):

Para definir o objeto da licitação, o administrador deve estar atento às peculiaridades do mercado, às diferentes exigências da Lei de Licitações e aos critérios de sustentabilidade ambiental previstos na IN/MPOG.

142. Constata-se que esta Corte, ao mencionar tais critérios, sempre fez referência à IN/MPOG 1/2010, exatamente por ser esse, até então, o normativo que regulamenta a inserção da variável sustentabilidade nos procedimentos licitatórios. Conforme disposto na publicação do TCU, os critérios de sustentabilidade deverão constar da definição do objeto e não como requisito para a habilitação.

143. Ao abandonar as regras dispostas naquela Instrução Normativa, resultou equivocado o intento do [...] em implementar critérios de sustentabilidade no certame em comento, devido à ausência de critérios objetivos para tal avaliação. Diante disso, propõe-se rejeitar as justificativas apresentadas para este item. (Acórdão nº 122/2012 Plenário, Relator Min. Weder de Oliveira, Processo nº 019.377/2011-8).

#### 4 CONDIÇÕES DE AQUISIÇÃO, DE SEGUROS E DE PAGAMENTO COMPATÍVEIS COM AS DO SETOR PRIVADO, INCLUSIVE PAGAMENTO CONFORME DESEMPENHO

Outra diretriz do RDC é a de serem observadas condições de aquisição, de seguros e de pagamento semelhantes às do setor privado. Significa que as licitações e contratações diretas sob esse regime serão processadas em conformidade com o ramo de mercado do objeto. Ilustre-se com a coleta, junto ao setor privado, de informações atinentes à especificação do objeto, ao prazo de entrega ou de execução, a prazo de garantia, a forma de pagamento, a manutenção e assistência técnica.

De acordo com o Tribunal de Contas da União<sup>6</sup>, ao estabelecimento, no instrumento convocatório, de condições semelhantes às do setor privado, importa que o gestor público pesquise sobre o objeto da licitação para se inteirar das condições vigentes no mercado, precatando-se de que eventual excesso de minúcias na especificação não leve ao direcionamento da licitação.

Diante da possibilidade, prevista no RDC<sup>7</sup>, de realizarem-se licitações no formato eletrônico<sup>8</sup>, favorecendo-se, assim, a ampliação do número de disputantes no certame, a pesquisa de mercado pela Administração, seja em relação às especificações do objeto ou aos prazos para entrega e preços praticados, não se restringirá à região onde se realiza a licitação, convindo que seja ampliada a outras localidades, dada a possível participação de licitantes sediados nas diversas regiões do país.

Um dos objetivos do RDC, elencado no art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 12.462/11, consiste na ampliação da eficiência. Visando o seu incentivo, foram instituídas duas formas de ajustes em que a Administração buscará auferir maior vantajosidade com a contratação. Um desses ajustes constitui-se na remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10); o outro, o contrato de eficiência, cujo mote é a seleção de licitante capaz de proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato (art. 23).

6 Licitações & Contratos. *Orientações e Jurisprudência*. 4. ed. TCU. p. 210.

7 “Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.”

8 O acesso à rede mundial de computadores é uma realidade mesmo nos países em desenvolvimento. Grandes, médias, pequenas entidades empresariais e microempresas tendem a dispor, em número crescente, do recurso para o implemento de suas atividades habituais.

Rafael Wallbach Schwind<sup>9</sup> faz ver que:

Nas contratações que prevejam uma remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidas no edital da licitação e no contrato. Pode haver, portanto, um “bônus” ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas. Não há propriamente uma sanção pelo não atendimento dessas metas (que não são obrigatórias), mas o incremento da remuneração do particular se elas forem atendidas. 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.

Sobre o contrato de eficiência, ensina o autor:

Por meio do contrato de eficiência, o contratado assume a obrigação de reduzir despesas da Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada. Trata-se, portanto, de uma sistemática de contratação de risco, em que a remuneração devida ao particular, em termos absolutos, será tanto maior quanto mais relevante for a economia gerada para a Administração. Caso não atingida a economia prevista no contrato, poderá haver o desconto na remuneração do particular ou até mesmo a aplicação de alguma sanção.

Em síntese: na remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10), o instrumento convocatório estabelecerá metas ou vantagens adicionais; uma vez alcançadas pela contratada, produzirá um acréscimo (bônus) em sua remuneração; no contrato de eficiência, que utiliza como critério de julgamento o maior retorno econômico, a contratada assume a obrigação de proporcionar uma economia para a Administração e sua remuneração corresponderá a um percentual sobre o benefício obtido. Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada. Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da

9 SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contrato de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/11). In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 178)

diferença. A contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato (art. 23, § 3º, da Lei nº 12.462/11).

## **5 PREFERÊNCIA PARA MÃO-DE-OBRA, MATERIAIS, TECNOLOGIAS E MATÉRIAS-PRIMAS EXISTENTES NO LOCAL DA EXECUÇÃO DO OBJETO**

O art. 4º, V, do RDC decerto que se inspirou no art. 12 da Lei nº 8.666/93, a Lei Geral de Licitações, segundo o qual:

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

I - segurança;

II - funcionalidade e adequação ao interesse público;

III - economia na execução, conservação e operação;

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;

VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;

VII - impacto ambiental.

O RDC estabeleceu a utilização, sempre que possível, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas locais na composição das planilhas de custos que acompanham as propostas dos concorrentes, nas licitações de obras ou serviços. Trata-se de utilização preferencial de instrumentos, de metodologias de trabalho e de execução existentes no local da execução do objeto, ao fundamento de que tais instrumentos e metodologias induzem, presumidamente, redução de custos com mobilização e desmobilização, fretes, alugueis e diárias de equipamentos, materiais, mão de obra, além de gerarem empregos.

A preferência ajusta-se à promoção do desenvolvimento sustentável presente no art. 4º do Decreto nº 7.746/12, regulamentar do art. 3º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 4º São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I – menor impacto sobre recursos naturais, como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e

VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Nada obstante, a diretriz prevista no art. 4º, V, do RDC, reitere-se, cogita de utilização preferencial, o que não exclui a possibilidade de os licitantes ou futuros contratados valerem-se, em suas planilhas de formação de custos, de dados pertinentes a mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas existentes em outras localidades, caso o uso das existentes no local da execução do objeto redunde em prejuízo da eficiência e desde que respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação.

A expectativa - não certeza apriorística - é a de que o emprego de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas situadas em outra localidade, que não a da execução do objeto, pode representar, em peculiares circunstâncias, redução de custos ao contratado. Ilustre-se com a hipótese de o licitante ou futuro contratado ser proprietário de equipamento que esteja a utilizar em outra obra ou serviço, podendo ser facilmente aproveitado para execução de outros contratos. Ou com a possibilidade de parte do serviço ser executado em localidade diversa em razão da existência de infraestrutura

montada, dispensando-se custos com diárias ou locação de nova estrutura. Daí a diretriz do art. 4º, V, do RDC indicar a utilização preferencial dos recursos que menciona, cuja exclusão de outros deve ser, por isto mesmo, objeto de expressa motivação, qualquer que seja a solução que se adote.

Importa que a mão de obra, os materiais, as tecnologias e as matérias primas indicadas na planilha de formação de custos observem dois requisitos: (a) sejam aptos à satisfatória execução do objeto, cuja eficácia e eficiência serão atestadas pela fiscalização do contrato; e (b) o limite do orçamento estimado para a contratação.

## 6 PARCELAMENTO DO OBJETO

Outra diretriz que integra o elenco do art. 4º é a do parcelamento do objeto nas contratações de bens, serviços e obras. Seu objetivo é o de obter o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade. É que, no parcelamento, pequenas e médias empresas podem preencher os requisitos de disputa para fornecimento de menores dimensões, se houver vantagem efetiva para a Administração, preservada a economia de escala, o que, aliás, já se inseria na Lei nº 8.666/93, art. 23 e seus parágrafos.

O caráter universal da economia de escala reside no fato de que organiza o processo produtivo de maneira que se alcance a máxima utilização dos fatores envolvidos na capacidade de produção, procurando como resultado a baixa dos custos, dado que, em regra, o aumento na quantidade produzida enseja a redução dos custos de produção, ou seja, a volume do que se produz é inversamente proporcional ao custo da produção. No âmbito das licitações significa que quanto maior a quantidade do objeto a ser adquirido, menor será o seu custo unitário, traduzindo-se na redução das propostas de preços e no respeito ao princípio da economicidade.

O parcelamento pode configurar-se por meio da realização de licitações distintas, da adjudicação por itens ou lotes/grupos, da permissão de subcontratação de parte específica do objeto, da permissão para a formação de consórcios, da cotação mínima de bens, ou seja, da oferta, pelo licitante, de quantidade inferior à demandada no instrumento convocatório e da contratação de mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, a qual encontra previsão no art. 11 do RDC - “A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo

serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando: I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

O parcelamento posto à disposição da Administração no art. 11 do RDC permite que mais de uma entidade contratada, inclusive de especialidades distintas, executem o objeto da licitação de forma concorrente e simultânea. Para sua aplicação, contudo, exige-se que a divisão das tarefas seja tecnicamente viável e não prejudique a consecução do todo, nem represente perda de economia de escala. Também permite que o objeto seja executado simultaneamente e concorrentemente por empresas com a mesma especialidade. Ilustra-se com a contratação de várias companhias fornecedoras de passagens aéreas, realizando-se a efetiva prestação com a aquela que oferece o menor valor na data e horário desejados. Também a contratação de várias concessionárias de telefonia para atendimento a um mesmo órgão, com sistema localizador da empresa que oferece o menor valor no horário da ligação.

É no planejamento da licitação que a Administração Pública procederá a acurado levantamento prévio acerca da viabilidade técnica do parcelamento do objeto. Demonstrada a possibilidade, conciliada com a ausência de prejuízo para a economia de escala, cumpre à Administração optar por uma das modalidades de parcelamento existentes. A solução dependerá da análise individualizada da relação de adequação entre o caso concreto e cada uma das modalidades existentes, para o efeito de verificar-se qual produzirá o melhor custo-benefício e, por conseguinte, corresponderá à contratação mais vantajosa para a Administração, exigindo-se, por isso mesmo, a respectiva motivação (explicitação das razões de fato e de direito que justificam e legitimam a alternativa escolhida e a decisão que a acolha).

O tratamento diferenciado assegurado às entidades de menor porte (microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas<sup>10</sup>), estabelecido nos artigos 44 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, também prevê o parcelamento do objeto por meio da reserva de cota e da subcontratação dessas entidades, medidas que visam

---

10 Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 (Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3o da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar).



implementar a política pública insculpida no art. 170, IX, da Constituição Federal de 1988<sup>11</sup>.

A contratação integrada, prevista no art. 9º do RDC, não se compatibiliza com a diretriz do parcelamento do objeto. É que nessa espécie de regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, o vencedor da licitação incumbir-se-á das seguintes tarefas: elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, a execução das 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, ou seja, obriga-se a executar o todo. Todavia, o afastamento do parcelamento na contratação integrada não é absoluto, uma vez que o vencedor da licitação poderá subcontratar a terceiros, detentores de qualificação técnica específica, a execução de partes do objeto. Na contratação integrada também é admitida a formação de consórcio para a execução do objeto.

Na Lei nº 8.666/93, o parcelamento encontra previsão nos seguintes dispositivos:

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

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

Art. 23 [...] § 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

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

---

11 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Embora o inciso VI do art. 4º do RDC aluda unicamente à economia de escala, a eficácia do parcelamento dependerá, igualmente, de comprovar-se a sua viabilidade técnica e econômica, bem como a ausência de risco ao conjunto ou complexo<sup>12</sup> do objeto. Cunhado com os olhos postos no parcelamento de que trata a Lei nº 8.666/93, o verbete 247, da Súmula do Tribunal de Contas da União, mostra-se aplicável ao RDC – “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”.

Visite-se, ainda, a jurisprudência da Corte de Contas federal acerca da aplicação da regra do parcelamento nas licitações realizadas com base no RDC:

#### Voto do Ministro Relator

[...]

10. Entendo que o juízo da questão deva ser tratado de forma sistêmica, em necessária consideração do parcelamento compulsório jazido no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c art. 39 da Lei 12.462/2011.

11. Digo isso porque seria inusitado, na *mens legis* do art. 1º da Lei do RDC, que se utilizasse esse Regime quando somente ínfima parte do objeto licitado esteja pronta para a Copa do Mundo, mesmo que a obra como um todo esteja previsto no PPA. Existe, na verdade, um regime de exceção para a viabilização plena dos eventos Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Embora o princípio da

---

12 O termo ‘complexo de obras’ remete a um conjunto de obras física e funcionalmente interligadas. Nesse sentido, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional - CMO, entende o termo como o ‘empreendimento que contemple objeto preciso, determinado e identificado, integrado por um conjunto de obras fisicamente contíguas ou funcionalmente interdependentes, com localização definida e finalidade comum, cuja execução das partes é condição para a utilidade do todo’ (Diretrizes e orientações para a análise da admissibilidade de emendas ao Projeto de Lei Orçamentária, grifei). Não atendidas essas condições, a CMO qualifica o empreendimento como ‘obras distintas’. (Acórdão nº 327/2012, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Processo nº 012.238/2005-2).

celeridade não esteja explícito da Lei 12.462/2011, avalio que se trate de um valor implícito.

12. Em outra mão, se a parcela a ser concluída posteriormente, por suas características, oferecer prejuízo técnico e econômico de contratação distinta com a outra fração a ser terminada até os eventos esportivos, por legítimo interesse público a ser perseguido nos ganhos de economia e eficiência da empreitada, não haveria o porquê de se afastar o RDC para a obra como um todo.

13. Em todos os casos - e isso independe da utilização do RDC -, o princípio do parcelamento compulsório continua válido; e não existe qualquer ineditismo nesse entendimento. Como regra, assim, em uma visão ampla das leis aplicáveis ao caso, somente as parcelas da obra a serem tempestivamente concluídas até a Copa (ou às Olimpíadas) podem se valer do RDC. Configurada a inviabilidade técnica e econômica de se parcelar o restante da empreitada, o empreendimento como um todo pode ser licitado pelo novo Regime. Caso contrário, o restante da obra com término ulterior deverá se utilizar do regime tradicional estabelecido na Lei 8.666/93 (grifo no original). Logo, se existem as ditas vantagens de economicidade e eficiência em não se parcelar as frações da obra com término ulterior - como afirmado na peça recursal -, elas devem ser devidamente motivadas no processo licitatório, trazendo, de modo explícito e analítico, para cada empreendimento, as razões impeditivas do parcelamento. Novamente, não existe nenhuma novidade nesse raciocínio. Tal procedimento já era obrigatório anteriormente à edição do RDC. Faz-se vinculada a demonstração objetiva de que a ampliação da competitividade decorrente do parcelamento da empreitada não é vantajosa, em face dos “custos” práticos e econômicos dessa opção.

O parcelamento, lembro, é regra; não exceção. Tal exegese é inclusive objeto da Súmula-TCU nº 247. Os fundamentos em que se baseiam as inúmeras decisões do Tribunal nesse sentido continuam válidos, também, para o RDC.

Diante disso e de maneira a retirar qualquer mácula a anuviar a boa compreensão da decisão embargada, ajuízo que o item 9.1 do Acórdão 1.036/2012-Plenário possa ser reeditado nos seguintes termos:

9.1. alertar o Ministério do Esporte, o Ministério das Cidades, a Infraero, a Secretaria dos Portos, o Grupo Executivo da Copa

do Mundo FIFA 2014 (GECOPA) e o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA) que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 - ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso -, só é legítima 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.

Alerto, todavia, que divirjo, frontalmente, de alguns dos fundamentos esposados nos embargos.

A Infraero alega que, em uma visão sistêmica, não existiria qualquer limite temporal para a aplicação do RDC. Se as obras estiverem previstas na matriz de responsabilidades e se estão no PPA, de forma independente do término da empreitada, em consonância com o art. 42 da Lei 12.462/2011, estariam autorizadas a se utilizarem do Regime. A inclusão - ou exclusão - dos empreendimentos na matriz de responsabilidades não seria incumbência da Infraero; não caberia aos órgãos da Administração discutir políticas de governo e, por isso, a temporalidade da conclusão da obra não seria empecilho para utilização do novo regime. Ainda mais pelo avanço que representa o RDC, a atender amplamente (e com maior eficiência) os requisitos constitucionais em matéria licitatória. Uma modernidade, se comparada à ‘antiga e ultrapassada Lei 8.666/93’.

Primeiramente, reconheço - como o fiz em diversas oportunidades - que o novo regime apresenta avanços importantes no que se refere às licitações públicas. Tal fato, contudo, não autoriza o operador da lei a utilizar, ao seu livre arbítrio, o RDC em qualquer situação. A Lei 12.462/2011 é por demais específica no detalhamento das condições especiais para sua utilização. Os arts. 1º, 42 e 43 são precisos. É um “Regime Diferenciado”, afinal de contas; um “regime especial”. Não existe, aqui, espaço para discricionariedade, não obstante os reconhecidos avanços mencionados.

Caso semelhante clássico é o da utilização do pregão para obras de engenharia. Não obstante muito se discuta a viabilidade e vantajosidade prática na sua utilização, a Lei 10.520/2002 não o permite. Não existe margem à discricionariedade em comandos tão específicos.

No caso do RDC, como consta do art. 1º da Lei 12.462/2011: 'É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização' dos jogos Olímpicos de 2016, da Copa das Confederações em 2013, da Copa do Mundo de 2014 e das obras de infraestrutura aeroportuária nas capitais distantes 350 km das cidades-sede do Mundial.

De forma a tornar mais objetivo o comando legal, o Decreto 7.581/2011 situou que, no caso de obras públicas necessárias à realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, 'aplica-se o RDC às obras constantes da matriz de responsabilidade celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios' (art. 1º, parágrafo único).

O Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 (Gecopa) é quem detém a prerrogativa de incluir ou excluir empreendimentos do documento. Para a Infraero, o fato de a obra terminar antes ou depois da Copa não tem nenhuma influência na decisão pela utilização do RDC. Tenta, assim, se eximir de responsabilidade quanto ao assunto. Reputo que, até o momento, todas as obras listadas na matriz de responsabilidades para a Copa do Mundo tem término previsto anterior àquele evento esportivo. Afinal, o documento é um instrumento gerencial para aferição das providências faltantes e determinantes para o sucesso do Mundial. Se alguma ação idealizada não puder ser conclusa, aquele Grupo Executivo carece de ter imediata ciência.

Não é o Gecopa quem avalia os prazos do empreendimento. Tal juízo, de natureza eminentemente técnica, decorre do próprio projeto básico e executivo das obras. Na verdade, o Gecopa depende dessas informações técnicas para a sua tomada de decisões - essas, sim, políticas e gerenciais. Se, de forma acintosa, a obra possui cronograma de término ulterior, sem qualquer proveito para os megaeventos esportivos, a *men legis* da Lei 12.462/2011 indica a inaplicabilidade da utilização do novo regime. Aliás, a consequência natural seria a exclusão daquele empreendimento da matriz. Para isso, como disse, o Grupo Gestor carece da informação provinda dos órgãos executivos.

Em resumo, se não houver modificação legislativa, o RDC é específico para as obras inscritas no art. 1º daquela Lei - considerada a viabilidade de incluir parcelas com término posterior na licitação, na impossibilidade do parcelamento, o que já explicitarei. (Acórdão nº 1538/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Processo nº 010.765/2010-7).

Para o efeito de dispensar-se a publicação de extrato do edital no Diário Oficial respectivo, no caso de parcelamento do objeto, a Administração Pública deverá considerar o valor total da contratação, conforme dispõe o art. 15, § 3º, do RDC e também o art. 11, § 4º, do Decreto nº 7.581/11, respectivamente:

Art. 15. 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: [...]

§ 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; e [...]

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 3º No caso de parcelamento do objeto, deverá ser considerado, para fins da aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o valor total da contratação.

Art. 11. A publicidade do instrumento convocatório, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

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

§ 3o No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil

reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, fica dispensada a publicação prevista no inciso I do caput.

§ 4º No caso de parcelamento do objeto, deverá ser considerado, para fins da aplicação do disposto no § 3º, o valor total da contratação.

## **7 RESPEITO A NORMAS DE CARÁTER AMBIENTAL, URBANÍSTICO, DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO IMATERIAL E DE ACESSIBILIDADE**

O § 1º do art. 4º do RDC elenca uma série de prescrições de caráter ambiental (incisos I, II e III), urbanístico (inciso IV), de proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial (inciso V) e de acessibilidade (inciso VI), a serem observadas pela Administração Pública em suas licitações e contratações de obras, bens e serviços.

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta a contratação integrada, também estabeleceu a obrigatoriedade de o anteprojeto conter parâmetros de adequação aos impactos ambientais e à acessibilidade. Assim:

Art.74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo: [...] IV - os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

As contratações de bens, obras e serviços pela Administração Pública brasileira, seja por meio de licitação ou de forma direta, movimentam cerca de 10%<sup>13</sup> do Produto Interno Bruto (PIB). Esse significativo poder de compra do estado influencia os padrões do sistema produtivo e de consumo de produtos e serviços ambientalmente sustentáveis, incluindo o estímulo à inovação tecnológica. A demanda permanente de órgãos e entidades - de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo as respectivas administrações direta e indireta - por amplo e diversificado conjunto de bens, serviços e obras necessários ao seu funcionamento produz o consumo de recursos naturais e, por conseguinte, impacto nas etapas associadas à produção, transporte, utilização daqueles bens e geração de resíduos ou formas de disposição

13 Conforme *Guia de compras públicas sustentáveis para a administração federal*, produzido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/06/Cartilha.pdf>>

final. As contratações da Administração Pública devem, destarte, servir como instrumentos indutores de boas práticas de sustentabilidade junto às cadeias produtivas, primando pela utilização de materiais recicláveis, com vida útil mais longa e menor quantidade de materiais perigosos ou tóxicos, consumindo menor quantidade de matéria prima e energia.

Tais contratações não representam apenas um procedimento administrativo destinado a suprir necessidades de bens, serviços e obras. Devem ser orientadas à implementação de políticas públicas que induzam padrão de consumo e produção sustentável, ou seja, que não venham a comprometer o bem estar das futuras gerações pelo aniquilamento de recursos naturais finitos ou pela deterioração do equilíbrio ambiental, ao qual se associam condições sociais e econômicas. Por isto que o § 1º do art. 4º do RDC exige a adoção de práticas de (a) disposição final ambientalmente adequadas dos resíduos gerados pela execução das obras contratadas; e (b) utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais.

A promoção de iniciativas de licitações e contratações sustentáveis insere-se na noção de relevante interesse coletivo, justificando o uso desses institutos como instrumentos de intervenção no mercado, sob ótica antes comprometida com a sustentabilidade do que com o aspecto financeiro do processo de aquisição, ao que ensinam Murillo Giordan Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki<sup>14</sup>. Se, eventualmente, o preço de objeto harmônico com os requisitos objetivos da sustentabilidade for superior ao de objeto que os descumpra, o que se deve indagar é qual será o custo de desatender à sustentabilidade, e não o custo de atendê-la.

O Tribunal de Contas da União, na senda de orientar e estimular órgãos e entidades da Administração Pública federal na adoção de medidas de apoio à sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, proferiu o seguinte julgado, aplicável também ao RDC:

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

9.1. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que apresente, em 90 (noventa) dias, um plano de ação visando a orientar e a incentivar todos os órgãos e entidades da

---

<sup>14</sup> SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



Administração Pública Federal a adotarem medidas para o aumento da sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, em especial energia elétrica, água e papel, considerando a adesão do País aos acordos internacionais: Agenda 21, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e Processo Marrakech, bem como o disposto na Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, na Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, na Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001, no Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006, e na Instrução Normativa SLTI/MP nº 1, de 19 de janeiro de 2010;

9.2.determinar à Segecex que estude, em conjunto com a 8ª Secex, a viabilidade de incluir, nos normativos que vierem a tratar das próximas contas da Administração Pública Federal, informações adicionais sobre a execução de medidas pertinentes à sustentabilidade, à luz dos temas tratados no presente relatório de auditoria, bem como que avalie a possibilidade de consolidar essas informações, a fim de fazer parte das Contas do Governo;

9.3. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que institua sistemática que permita que as economias alcançadas com a implementação de ações visando ao uso racional de recursos naturais revertam em benefício dos órgãos que as adotarem, a exemplo de minuta de portaria nesse sentido no âmbito do Programa de Eficiência do Gasto;

9.4.recomendar ao Ministério do Meio Ambiente, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Eletrobras, no que lhes competem, que:

9.4.1.ampliem a divulgação de seus respectivos programas - A3P, PEG e Procel EPP - perante a Administração Pública federal, informando sobre o apoio prestado e sobre a existência de banco de dados contendo boas práticas, bem como disponibilizem *links* de acesso, em suas respectivas páginas na internet, dos outros dois programas de apoio e de outros *sites* com informações sobre práticas sustentáveis;

9.4.2.retomem as iniciativas visando implementar o Projeto Eficiência e Sustentabilidade na Esplanada dos Ministérios, tendo em vista sua importância na criação de bases para a implementação de uma política coordenada, mais abrangente e de longo prazo voltada para sustentabilidade e eficiência em toda a Administração Pública federal;

9.4.3. avaliem a estrutura, respectivamente, da Agenda Ambiental da Administração Pública, do Programa de Eficiência do Gasto e do Subprograma Procel Eficiência Energética em Prédios Públicos, visando dotá-los das condições necessárias para fomentar a adoção de ações voltadas para o uso racional de recursos naturais na Administração Pública federal;

9.4.4. atuando de forma conjunta e coordenada, disponibilizem na internet relação organizada de todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal, contendo indicadores de consumo de água, energia e papel *per capita*, com a apresentação detalhada de casos de sucesso na implementação de medidas que geraram economias no uso racional de recursos e a publicação de parâmetros de consumo de energia, água e papel *per capita*, específico por natureza de edificação pública federal;

9.5. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, à Eletrobras e à Secretaria do Tesouro Nacional que se articulem para buscar compatibilizar as iniciativas de desenvolvimento de seus respectivos *softwares* de acompanhamento de gestão, de forma a não duplicar esforços, analisando a possibilidade de unificar suas funcionalidades;

9.6. recomendar à Eletrobras que promova a divulgação, no âmbito do Procel EPP, da Reserva Global de Reversão e da parcela de recursos oriundos da Lei nº 9.991, de 2000, como fontes de financiamento para ações de eficiência energética para o Poder Público;

9.7. recomendar à Eletrobras e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que busquem soluções para que os recursos da Reserva Global de Reversão possam ser utilizados para financiar ações de eficiência energética nos prédios públicos federais;

9.8. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a adotarem um modelo de gestão organizacional estruturado na implementação de ações voltadas ao uso racional de recursos naturais, a exemplo das orientações fornecidas pelos Programas A3P, PEG e Procel EPP;

9.9. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a implantarem programas institucionais voltados ao uso racional de recursos

naturais, inclusive prevendo designação formal de responsáveis e a realização de campanhas de conscientização dos usuários (Acórdão nº 1.752/2011, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho. Processo nº 017.517/2010-9).

## **8 NORMAS DE PRESERVAÇÃO E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

São normas de preservação e proteção ao meio ambiente, aplicáveis às licitações e contratações diretas realizadas sob o RDC:

(a) Lei nº 12.187/09 (instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima-PNMC):

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...]

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

(b) Lei nº 12.305/10 (instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis):

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...]

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

a) produtos reciclados e recicláveis;

b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

(c) Decreto nº 5.940/06 (instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta e indireta):

Art. 1o A separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis são reguladas pelas disposições deste Decreto.

(d) Decreto nº 7.746/12 (regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666/93 para estabelecer critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável):

Art. 2o A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

[...]

Art. 4o São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e

VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir, no instrumento convocatório para a aquisição de bens, que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

(e) Instrução Normativa nº 01, de 19.01.10, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional):

Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

(f) Portaria nº 02, de 16 de março de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional):

Art. 1º Os órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (SISP) devem observar as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação nas suas aquisições, disponíveis na rede mundial de computadores no endereço:<<http://www.governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/especificacoes-tic>>

§1º Em atendimento à Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010, da SLTI/MP, contemplar preferencialmente as especificações de bens citadas com configurações aderentes aos computadores sustentáveis, também chamados TI Verde, utilizando assim materiais que reduzam o impacto ambiental.

Art. 2º As aquisições de bens de tecnologia da informação devem estar em consonância com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação (PDTI) elaborado pelo órgão.

## 8.1 ACESSIBILIDADE

No tocante à acessibilidade<sup>15</sup> prevista no art. 4º, § 1º, VI, do RDC, traduz-se no atendimento à política pública versada no art. 227, § 1º, II, da Constituição Federal, que almeja proteger pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Eis o dispositivo constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

15 Jurisprudência do Tribunal de Contas da União: 9.2. dar ciência à [...] que a não aplicação dos critérios e parâmetros técnicos prescritos na norma NBR 9.050/2004 relacionadas com a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida constitui afronta aos artigos 3º e 11 da Lei 10.098 de 2000. (Acórdão nº 1712/2013 – Plenário, Rel. Min. José Jorge, Processo nº 034.366/2012-1);

A Lei nº 10.098/00 estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

II – barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas, classificadas em:

a) barreiras arquitetônicas urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público;

b) barreiras arquitetônicas na edificação: as existentes no interior dos edifícios públicos e privados;

c) barreiras arquitetônicas nos transportes: as existentes nos meios de transportes;

d) barreiras nas comunicações: qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa;

III – pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo;

IV – elemento da urbanização: qualquer componente das obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamentos para esgotos, distribuição de energia elétrica, iluminação pública, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico;

V – mobiliário urbano: o conjunto de objetos existentes nas vias e espaços públicos, superpostos ou adicionados aos elementos da urbanização ou da edificação, de forma que sua modificação ou traslado não provoque alterações substanciais nestes elementos, tais como semáforos, postes de sinalização e similares, cabines telefônicas, fontes públicas, lixeiras, toldos, marquises, quiosques e quaisquer outros de natureza análoga;

VI – ajuda técnica: qualquer elemento que facilite a autonomia pessoal ou possibilite o acesso e o uso de meio físico.

## **8.2 IMPACTO SOBRE OS BENS DO PATRIMÔNIO CULTURAL, HISTÓRICO, ARQUEOLÓGICO E IMATERIAL TOMBADOS**

O RDC estabeleceu, no § 1º, II, de seu art. 4º, o dever de a Administração Pública observar as normas atinentes à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que definirá no procedimento de licenciamento ambiental. No § 2º, fixou o dever de a Administração Pública compensar, por meio de medidas administrativas, eventual impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados.

Ambos os dispositivos ensejaram a interposição de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.655), pela Procuradoria Geral da República, sob o argumento de ofensa ao art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, do seguinte teor:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

De acordo com a ADI, os indigitados § 1º, II, e § 2º do art. 4º do RDC não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou



atividades potencialmente causadoras de danos ambientais/culturais, sejam aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1º, IV, na compreensão da Procuradoria Geral da República, é o instrumento adequado para se avaliar a extensão do dano, àquele estudo cabendo, mediante ponderação de interesses, distinguir se é possível e conveniente a realização da obra ou a prestação do serviço, e em que condições poderão desenvolver-se.

## 9 CONCLUSÃO

Dispondo, por definição legal, de um regime diferenciado de licitação e contratação para atender a determinados eventos, foi uma decisão estratégica da Administração Pública brasileira, justificável em face da especial relevância e magnitude desses eventos, ademais com data certa de realização. Era de mister, para que não se produzisse um hiato entre o nível estratégico e os resultados práticos a alcançar em prazos inadiáveis, com repercussões internacionais e intergeracional, que a mesma lei que traçasse o regime diferenciado também enunciasse as diretrizes balizadoras de sua gestão e operação, esgotando o ciclo - estratégico, gerencial e operacional - que aperfeiçoa toda ação humana planejada e comprometida com resultados objetivos.

Assim o fez o art. 4º da Lei nº 12.462/11 ao enunciar as sete diretrizes operacionais que a Administração Pública deverá cumprir nas licitações e contratações diretas sujeitas ao RDC, a saber:

- (a) padronização do objeto;
- (b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos;
- (c) busca da proposta mais vantajosa para a Administração;
- (d) condições de aquisição, de seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado, incluindo pagamento conforme ao desempenho da contratada;
- (e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que sem prejuízo da eficiência na execução do

respectivo objeto e respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;

- (f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala; e
- (g) respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade.

Em síntese, entenda-se por:

- I - padronização do objeto, a especificação deste que, de modo necessário e suficiente, lhe indique as características e atributos essenciais, insuscetíveis de substituição, sob pena de o produto, a obra ou o serviço não atingir o resultado planejado;
- II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, a adoção, após prévia análise e aprovação por órgão de assessoramento jurídico da Administração, das regras e dos requisitos que, sendo comuns, presidirão, de modo uniforme, o certame e o seu julgamento, descabendo o padrão em face de peculiaridades que singularizem o objeto ou sua execução e, por consequência, as regras e os requisitos a serem observados no procedimento seletivo ou na contratação direta;
- III - busca da proposta mais vantajosa, a prevalência de condições distintivas que superiormente atendam à isonomia e ao desenvolvimento sustentável, aos quais também estará submetido o preço, de tal sorte que resulte desclassificada a proposta que, nada obstante cote o menor preço, desatenda àquelas cláusulas gerais (isonomia e desenvolvimento sustentável), traduzidas mediante parâmetros objetivos;
- IV - condições de mercado, incluindo pagamento de acordo com o desempenho, aquelas que possibilitem antecipações de pagamentos que se mostrem, em face das práticas de mercado, objetivamente mensuradas, vantajosas para a Administração;
- V - utilização de mão-de-obra, insumos e tecnologia locais, a preferência por empregar, nas contratações do RDC, tudo

quanto puder ser mobilizado no mercado do local de execução do objeto, com o fim de economizar custos, incentivar a ocupação dos meios locais e homenagear a economia de escala;

VI - parcelamento do objeto, a necessária divisão da execução do objeto entre mais de uma empresa, sempre se mostre técnica e economicamente viável e igualmente sem prejuízo à economia de escala;

VII - respeito a normas ambientais, urbanísticas e de acessibilidade, a compulsória adoção e observância de requisitos, nos produtos, obras e serviços, que assegurem o desenvolvimento sustentável e favoreçam, aos portadores de deficiências de qualquer ordem, o acesso a prédios, logradouros, serviços e bens, em cujos preços deverão estar incorporados os custos daqueles requisitos e desclassificando-se as propostas que não os considerem, segundo parâmetros objetivamente fixados nos projetos, atos convocatórios das licitações e termos de contratos celebrados diretamente.

Desviar-se-á dos propósitos e objetivos do RDC a licitação ou a contratação que, efetivada sob a sua égide, negligenciar a observância dessas diretrizes, que, conquanto de índole operacional, são vinculantes da Administração, vale dizer, não podem ser postergadas, nem substituídas por outras - posto que excluídas da discricionariedade administrativa por expressa imposição legal -, de sorte a autorizar as instituições de controle a cogitar da invalidação do certame ou do contrato desviado, com a consequente responsabilização dos agentes que, culposamente, tenham dado causa ao desvio, assim praticando ação ou omissão antijurídica.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas – RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POSSO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011) – Aspectos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

SANTOS, Murillo Giordan Santos; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Dotti. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2012.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. JusPODIVM, 4. ed. Salvador.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.