

As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) – Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011

Sidney Bittencourt

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Diretrizes do RDC.

Sumário: **1** Introdução – O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) – **2** As diretrizes do RDC

1 Introdução – O Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

No dia 05.08.2011, em edição extra Diário Oficial da União, foi publicada a Lei nº 12.462, que, dentre outras medidas, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações relacionadas com os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013; à Copa do Mundo FIFA 2014; e às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades-sede dos eventos mencionados.

Entendeu o governo brasileiro que o diploma se fazia necessário em função da assunção da responsabilidade de organizar e realizar tais eventos, sob a justificativa que a elaboração de regra específica seria necessária, uma vez que as normas sobre contratações públicas já existentes não seriam suficientes para licitar e celebrar os contratos necessários, já que a realização de eventos de tamanha proporção demandaria um conjunto de obras diferenciadas — de grande monta e com tamanha urgência —, com tratamento apartado.

Por se tratar de um amplo programa de articulação de projetos públicos e privados de infraestrutura e medidas institucionais, legislador entendeu importante adotar o regime diferenciado também nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), pelo que, por intermédio da Lei nº 12.688, de 18 de junho de 2012, alterou a Lei nº 12.462/2011 nesse sentido.

Posteriormente, sob o mesmo argumento, passaram a ser passíveis de adotar o RDC as contratações necessárias à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, consoante a inserção realizada pela Lei nº 12.722, de 03 de outubro de 2012, e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme inclusão através da Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012.

2 As diretrizes do RDC

Encerrando os aspectos gerais que envolvem o RDC, o art. 4º da Lei nº 12.462/2011 prevê as diretrizes que orientarão as licitações e as contratações estabelecidas sob o regime diferenciado.

Segundo a ciência da Administração, um bom processo de planejamento tem início com a fixação de objetivos, a partir dos quais são estabelecidas políticas, diretrizes e metas.

Diretrizes são princípios estabelecidos que permitem o alcance dos objetivos pretendidos, sendo instrumentos utilizáveis para a localização dos meios adequados para seu atingimento.¹

Ao estabelecer diretrizes, a Lei nº 12.462/2011 prescreveu normas procedimentais básicas e obrigatórias no RDC, sem as quais as licitações e os contratos alicerçados no regime diferenciado se desnaturariam.

São diretrizes a serem adotadas nas licitações e contratações que utilizem o RDC:

- a) 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;
- b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;
- c) 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;
- d) 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 da Lei;
- e) 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
- f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

2.1 Padronização do objeto

A primeira diretriz diz respeito ao Princípio da Padronização. No inciso I do artigo 4º a lei determina, como linha de conduta nas licitações que adotem o RDC, a busca da 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. É evidente que esse dispositivo se espelha no art. 15, inciso I da Lei nº 8.666/1993, que, ao prever a necessidade de padronização nos objetos adquiridos pela Administração, determina a observação dos mesmos requisitos.

A padronização amplia em muito a eficiência da atividade administrativa, uma vez que, dentre outros importantes benefícios, reduz o tempo e os esforços da Administração por ocasião da contratação, além de constituir fator de redução de custos.

É inconteste, portanto, que a padronização de equipamentos deve se constituir num objetivo constante da Administração, porquanto se configura como um mecanismo de racionalização de custos operacionais.

2.2 Padronização do instrumento convocatório e da minuta contratual

Atinente ao mesmo tema é a segunda diretriz: padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente.

A padronização tem características distintas no RDC. A lei prevê a criação de um catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras (art. 33), o qual se instituirá por intermédio de "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".

O artigo 109 do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta a Lei do RDC, define que esse catálogo configura o sistema informatizado destinado à padronização de bens, serviços e obras a serem adquiridos ou contratados pela Administração Pública (gerenciado, consoante prevê o parágrafo único, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), o qual deverá conter: especificação de bens, serviços ou obras; a descrição de requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; modelos de instrumentos convocatórios, minutas de contratos, termos de referência; projetos de referência; e outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados (art. 110).

Impende registrar que o Catálogo Eletrônico de Padronização destinar-se-á unicamente na hipótese de bens, serviços e obras que possam ser adquiridos ou contratados pelo critério de julgamento menor preço ou maior desconto (§1º do art. 110).

No que tange às minutas de editais e contratos, prevê o art. 7º do Decreto nº 7.581/2011 que as comissões de licitação poderão optar entre elaborá-las ou adotar minuta padrão confeccionada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, submetendo-as ao órgão jurídico.

Essa faculdade, a nosso ver, não poderá ser exercida discricionariamente, devendo a Comissão de Licitação, em função de cada caso concreto, identificar a viabilidade ou não de utilizar as minutas padronizadas de instrumento convocatório e de contrato, que, por lógica, deverão ser adotadas preferencialmente.

2.3 Empenho para o alcance da maior vantagem para a Administração

A terceira diretriz diz respeito à busca de maior vantagem para a Administração Pública.

A Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) preconiza que os agentes públicos responsáveis pelas licitações devem selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º). Como registramos na obra *Licitação passo a passo* (6. ed.), o diploma impõe a regra, mas não define a conduta, motivo pelo qual asseveramos que "é óbvio que a proposta mais vantajosa para a Administração será aquela que apresentar o menor dispêndio de dinheiro público para a efetivação

da contratação, o que nem sempre se reflete na proposta cujo preço é o menor”.

Diferentemente, a Lei do RDC aponta um norte: para atingir essa diretriz, a Administração deverá considerar 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.

2.4 Condições compatíveis com as do setor privado

A quarta diretriz prevê que as licitações e contratações que adotarem o RDC deverão estabelecer 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 da Lei.

A determinação guarda semelhança com o regrado no inciso III do artigo 15 da Lei Geral Licitações, que prevê que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

Verifica-se, no entanto, que a Lei do RDC foi além, incluindo a igualdade de condições também para os seguros.

Com relação à forma de pagamento, a Lei nº 12.462/2011 traz novidade interessante: a remuneração variável de acordo com o seu desempenho (art. 10), matéria que se avaliará posteriormente.

A vinculação da remuneração do contratado ao cumprimento de metas e aspectos de qualidade já consta expressamente na Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 6º da Lei nº 11.079/2004).²

Na análise do artigo da Lei das PPPs enfatizamos:

Outro aspecto a destacar é a possibilidade da remuneração ser fixada de acordo com o desempenho do parceiro privado. Atrelar o pagamento da Administração à performance do contratado é, efetivamente, uma inovação alvissareira. Far-se-á necessário, para o alcance dessa inovação, que o instrumento convocatório da licitação preveja, com bastante acuidade, os critérios de medição, uma vez que, quanto maior for o padrão de qualidade dos serviços, maior será a remuneração.³

Egon Bockmann e Fernando Vernalha tratam da questão com desenvoltura, chamando a atenção para o pouco uso da técnica no âmbito das contratações públicas brasileiras, a não ser para as concessões:

É verdade que, embora viável, a técnica não é cultuada na prática dos contratos administrativos gerais. São raras as configurações que envolvam variáveis de remuneração baseadas no desempenho do prestador. [...] Já no terreno das concessões são mais usuais configurações remuneratórias que pressuponham o cumprimento de metas de qualidade e de disponibilidade pelo concessionário. Lembre-se que a disponibilização de certas parcelas do serviço pode constituir-se pressuposto à cobrança de tarifa pelo concessionário, assim como o dever de atingir certos níveis de eficiência e qualidade (cumprindo-se metas de universalização, inclusive) pode traduzir condição contratual para a aplicação de reajustamento ou de deflator incidente sobre a receita

(tarifária) do concessionário. Além disso, uma via de controle do desempenho do concessionário usualmente adotada na prática das concessões está na previsão de sancionamento a hipóteses de inadimplemento contratual (cuja tipificação pode envolver o cumprimento de metas de disponibilidade e de qualidade do serviço). É perceptível, contudo, que a experiência histórica com as concessões no Brasil (desde o seu ciclo mais recente, a partir das autorgas efetuadas em 1995) prestigiou técnicas repressivas de ajustamento da conduta do concessionário ao alcance de metas de qualidade e de disponibilidade (prevendo-se multas, por exemplo, associadas ao não cumprimento de níveis de disponibilidade e de qualidade). Essa via produz certos efeitos práticos — econômicos e jurídicos — que não podem ser desconsiderados. Por um lado e sob um ângulo econômico, a penalização pecuniária não atinge a receita propriamente do concessionário, mas se revela na criação de novos custos. Isso permite ao concessionário valer-se de estratégias e expedientes protelatórios, pois o ônus não se produz automaticamente [...] operando efeitos econômicos somente após o desenvolvimento regular de processo administrativo pautado pelas garantias jurídicas inerentes ao regime sancionador. Por outro lado — e sob um ângulo jurídico —, a imposição de penalidade (alternativamente à opção pela redução automática da receita), como providência sancionadora que é, não pode estabelecer-se sem o devido respeito aos princípios e regras inerentes ao regime jurídico sancionador, que garantem ao concessionário amplo e adequado processo pautado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso importa dissociar o momento da criação do ônus do momento de sua efetiva realização, deslocando a absorção do ônus para momento futuro.⁴

2.5 Uso de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas do local

A quinta diretriz privilegia a 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.

A Lei nº 8.666/1993 já prevê idêntica conduta (inc. IV do art. 12), dispondo sobre a possibilidade de emprego de mão de obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação.

2.6 Parcelamento do objeto

A última diretriz para as licitações e contratações que venham a adotar o RDC é a busca do parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, desde que não ocorra a perda de economia de escala.

Também, nesse caso, a situação já havia sido expressamente regulada pela Lei nº 8.666/1993, no inc. IV do art. 15⁵ e no §1º do art. 23,⁶ ainda que de forma mais branda.

Uma das vantagens do parcelamento do objeto reside na ampliação do número de licitantes, situação que atende plenamente os princípios da competitividade, da igualdade e da eficiência.

Sobre a “economia de escala”, já dispusemos que a condição de preservação para a fixação do

quantitativo mínimo traz preocupação.⁷ Economia de escala (ou rendimento de escala) relaciona-se a uma análise de longo prazo, quando se pressupõe que todos os fatores de produção de um bem sejam variáveis, incluindo-se o tamanho (ou escala) da empresa. Representa, em última análise, a resposta da quantidade produzida a uma variação da quantidade utilizada de todos os fatores de produção. Ocorre quando a variação na quantidade da produção é mais do que proporcional à variação da quantidade utilizada dos fatores de produção. Por exemplo, aumentando-se a utilização dos fatores em 5%, o produto cresce 10%, ou seja, equivale a dizer que a produtividade dos fatores aumentou. Verifica-se, portanto, que a “economia de escala” está totalmente voltada para a produção de cada empresa, cujos fatores são intrínsecos de cada uma, atrelados ao seu dia a dia, às suas necessidades, aos seus interesses e objetivos. Como, então, com base no conceito esposado, se condicionaria uma quantidade mínima de bens a ser adquirida pela Administração à preservação da economia de escala?

A nosso ver, na hipótese de contratações públicas, a admissão seria cabível quando não relacionada à expressão ao seu sentido estrito, mas sim ao conceito genérico que ela carrega, atribuindo-se a uma economia de rendimento interna da Administração, voltada exclusivamente para os seus custos internos. Um exemplo prático: uma possível aquisição de 20 toneladas de café por parte de certo órgão público, em que descaberia a apresentação de proposta, por parte de um licitante, de 05 quilos do produto, diante dos transtornos de toda ordem que tal fato acarretaria. Dessa forma, buscando uma “economia de escala” na aquisição, adotando-se o significado mais amplo possível da expressão, estaria a Administração autorizada a estabelecer um quantitativo mínimo, de modo a não se desestabilizar todo o procedimento.

Vide que o TCU, ao exigir a adjudicação por item — que constitui, evidentemente, a regra —, reconheceu a possibilidade do parcelamento:

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. (Súmula 247)

Em termos operacionais, ao definir, no art. 4º, que, na fase interna da licitação, a Administração elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e definição dos parâmetros da competição, o Decreto regulamentar nº 7.581/2011 prevê, no inciso IX, a elaboração da justificativa da vantagem do parcelamento do objeto da licitação em lotes ou parcelas, de modo a aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala.⁸

¹ CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria geral da administração*. Rio de Janeiro: Campus, [s.d.]. p. 387.

² *Lei nº 11.079/2004*. Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: [...] Parágrafo único. O contrato poderá prever o

pagamento ao parceiro privado de *remuneração variável* vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

³ BITTENCOURT, Sidney. *Parceria Público-Privada passo a passo: comentários à Lei nº 11.079/04*, que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108.

⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 190-191.

⁵ Lei nº 8.666/1993: "Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade".

⁶ Lei nº 8.666/1993: "Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...] §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".

⁷ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 174-175.

⁸ Além da possibilidade do parcelamento do objeto, a Lei nº 12.462/2011 também estabelece uma espécie de fracionamento de serviços. Essa possibilidade consta do Decreto nº 7.581/2011 como "contratação simultânea" (arts. 71 e 72).

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BITTENCOURT, Sidney. As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97547>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

BITTENCOURT, Sidney. As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12,

n. 142, p. 58-62, out. 2013.