

OS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO PREVISTOS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Alexandre Wagner Nester
Mestre em Direito do Estado pela UFPR
Advogado de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. Introdução

A O art. 18 da Lei nº 12.462 dispõe que as licitações operadas sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) poderão adotar os seguintes **critérios de julgamento**: I – menor preço ou maior desconto; II – técnica e preço; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – maior oferta de preço; ou V – maior retorno econômico. Esse mesmo esquema é reproduzido pelo art. 25 do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC.

Pela nova Lei, a separação das licitações em diferentes “tipos” – tal como consta na redação do art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666 – mostra-se destituída de sentido e utilidade. A identificação do critério de julgamento adotado é que definirá cada “espécie” de licitação possível e os seus contornos. E antes disso, o critério de julgamento será definido em vista do interesse a ser satisfeito pela Administração, e não apenas com base na natureza do objeto licitado.

A nova Lei também não faz menção às modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666. Na realidade, a Lei nº 12.462 institui uma *nova modalidade* de licitação (RDC), com regras específicas, inconfundível com as modalidades existentes: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão (Lei nº 8.666) e com o pregão (Lei nº 10.520).¹

Portanto, o *regime diferenciado* previsto na Lei nº 12.642 (aplicável exclusivamente à nova modalidade ali instituída) contrapõe-se ao *regime geral* da Lei nº 8.666 (aplicável às cinco modalidades ali previstas e ao pregão).

2. Reafirmação do princípio do julgamento objetivo

O objetivo da licitação pública não varia conforme o regime (geral ou diferenciado). A licitação visa a obter a contratação mais vantajosa para a Administração (a que apresente a melhor relação custo-benefício), com observância da isonomia entre os licitantes e respeito aos demais princípios correlatos.

¹ A primeira licitação realizada pelo *regime diferenciado* foi denominada de RDC PRESENCIAL n.º 001/ADNE/SBJP/2011 – instaurado pela INFRAERO para a contratação de estudos, projetos e obras no Aeroporto Internacional de João Pessoa-PB.

Logo, e como não poderia deixar de ser, os princípios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, corolários do art. 37, *caput* e inc. XXI, da Constituição, foram todos reafirmados pela Lei nº 12.462.

O julgamento objetivo afasta a discricionariedade para a Administração no momento do julgamento das propostas. A discricionariedade existe antes, dentro de determinados limites, quando a Administração escolhe o objeto a ser licitado, o critério de julgamento e os parâmetros com base nos quais as propostas serão cotejadas para se identificar a mais vantajosa. Depois, a atuação se torna vinculada.

Em vários pontos a Lei nº 12.462 afirma a necessidade de previsão expressa do critério de julgamento no edital (art. 18, § 1º). Também veda a fixação de critérios de julgamento não previstos expressamente no texto da Lei. A lista do art. 18, portanto, é exaustiva.

A inobservância dessas exigências acarreta a nulidade absoluta (insanável) do edital, que deve ser pronunciada inclusive de ofício pela Administração. Nesse caso, a violação ao princípio do julgamento objetivo é grave e impede a remediação do defeito.

A Lei nº 12.462 repete a proibição às ofertas de vantagem não prevista no edital (art. 18, § 3º). No RDC, portanto, vale o mesmo raciocínio difundido para o regime geral pela doutrina e pela jurisprudência do TCU (Acórdão n.º 1.268/2008, Plenário): a vantagem não prevista anula a proposta sempre que acarretar alteração da sua natureza (conteúdo) com relação ao que foi previsto no edital. Da mesma forma, devem ser reputadas inválidas as propostas condicionadas ao conteúdo das propostas concorrentes.

Em suma, assim como no regime geral, no RDC também não se admite subjetividade na análise das propostas. O edital deve assegurar imparcialidade e previsibilidade ao julgamento. Os critérios devem ser definidos de antemão e de forma explícita e devem ser seguidos fielmente pela Administração.

3. O critério do *menor dispêndio*: menor preço ou maior desconto

O julgamento pelo critério do *menor dispêndio* continua sendo a regra também no RDC. Admite-se, porém, duas subespécies: *menor preço* e *maior desconto*.

No primeiro caso, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade estabelecidos no edital, será reputada vencedora a proposta que ofertar o menor valor (desde que não seja inexecutável), o que resultará na maior vantajosidade. Poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio todos os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, conforme dispuser o regulamento (art. 19, § 1º).²

² Nesse ponto, o § 1º do art. 26 do Decreto nº 7.581 repete o dispositivo legal, fazendo referência ao instrumento convocatório (o qual deverá prever os custos indiretos que serão considerados no julgamento das propostas); já o § 2º do mesmo artigo prevê que os 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*”.

A principal inovação da Lei nº 12.462 fica por conta da inclusão do critério de “maior desconto”, que tem utilidade nos casos em que a Administração detiver informações consistentes acerca do custo da obra ou serviço, a ponto de fixá-lo com relativa precisão no edital. Nesse caso, será considerada vencedora a proposta que apresentar o maior desconto com relação ao preço global fixado no edital.³ O desconto oferecido pelo vencedor deverá prevalecer durante toda a contratação, inclusive para eventuais aditamentos (art. 19, § 2º).

O critério de maior desconto aplica-se às obras ou serviços de engenharia. Para essas hipóteses, o § 3º do art. 19 estabelece que “o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório”. Ou seja, o desconto aplica-se em bloco, evitando com isso a possibilidade do chamado “jogo de preços” ou “jogo de planilhas”.⁴

4. O critério de técnica e preço

O art. 20 da Lei nº 12.462 contém algumas inovações relevantes com relação ao regime geral previsto na Lei nº 8.666 no que diz respeito ao critério de técnica e preço.

Esse critério de julgamento se aplica nos casos em que o aspecto técnico se mostra tão ou mais relevante do que o preço desembolsado pela Administração. Ou ainda: as situações em que não basta o preenchimento de um nível mínimo de qualidade (mesmo que elevado), pois o interesse administrativo a ser satisfeito exige mais: demanda a *maior qualidade possível*.

Ao estabelecer que o critério de técnica e preço se relaciona com a seleção da proposta que apresente a maior qualidade possível acima do limite mínimo de qualidade exigida do edital, o regramento previsto no art. 20 oferece elementos mais concretos – se comparados com o regime geral – para se identificar as situações em esse critério será utilizado na prática.

O § 1º do art. 20 indica as duas hipóteses possíveis: quando se tratar de objeto de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica (inc. I); ou de objeto que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução (inc. II).

A crítica que se faz ao regime geral, e que pode ser aproveitada no regime diferenciado, está relacionada com a vinculação que a Lei estabelece entre o critério de técnica e preço e os serviços de natureza

³ O “maior desconto” assemelha-se à licitação do tipo “preço-base”, que vinha prevista no art. 37, parágrafo único, inc. IV, do Decreto-Lei nº 2.300. Contudo, no critério de maior desconto do RDC não há limite mínimo, nem tampouco uma faixa dentro da qual as ofertas podem variar – essa característica representava um problema na licitação por preço-base, pois permitia com facilidade o empate entre os participantes, frustrando o caráter competitivo do certame.

⁴ Situação em que o licitante se aproveita de eventuais defeitos nos projetos que embasam a licitação por preço global, identificando itens com quantitativos muito baixos (para os quais oferece preços elevados) e itens com quantitativos muito altos (para os quais oferece preços reduzidos ou irrelevantes). Isso possibilita que, na média, o preço global da proposta se apresente reduzido, garantindo a vitória do licitante no certame, com posterior readequação durante a execução do contrato, por aditamento.

preponderantemente intelectual. O que se afirma, com propriedade, é que a adoção de um ou de outro critério se relaciona antes com a necessidade a ser satisfeita pela Administração do que com a natureza do objeto.

Em regra, quanto mais complexo o objeto licitado, mais evidente a necessidade de contratação de um prestador altamente qualificado e, portanto, maior a tendência de utilização do critério de julgamento com base na técnica e preço.

Isso se revela, por exemplo, nos casos de obras de engenharia a serem executadas sob o regime de contratação integrada, previsto no RDC. Trata-se, afinal, do regime de execução mais amplo e complexo, em que o contrato a ser firmado com o licitante vencedor deverá compreender “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.462).

A peculiaridade da contratação integrada impõe que a licitação seja realizada com base no critério de técnica e preço. E isso se confirma pela regra do art. 9º, § 2º, inc. III, da Lei nº 12.462, que estabelece a obrigatoriedade da aplicação do critério de técnica e preço nas licitações de obras ou serviços de engenharia a serem realizados no regime da contratação integrada.

No § 2º, o art. 20 da Lei admite a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, estipulando que o percentual de ponderação mais relevante não deve ultrapassar 70% (setenta por cento) do total – a regra é repetida no art. 29, § 1º, do Decreto nº 7.581.

Com isso, também fica solucionada outra dúvida corrente no regime geral, acerca dos limites de peso que se poderia atribuir a cada um dos critérios. Evita-se a possibilidade de desconfiguração do critério técnica e preço, o qual pressupõe uma média ponderada entre os dois fatores, tendo em vista a relevância de ambos para a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

Embora a Lei nº 12.462 e o Decreto nº 7.581 tenham silenciado acerca do procedimento a ser adotado, é altamente recomendável a adoção de um procedimento similar ao previsto no § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666, em que as propostas sejam apresentadas em dois envelopes separados, para que as técnicas sejam sempre abertas e apreciadas antes da revelação e cotejo dos preços, tal como se procede com o julgamento de melhor técnica.⁵

5. O critério da melhor técnica ou conteúdo artístico

Assim como ocorre com o critério de técnica e preço, a melhor técnica cabe somente em situações muito especiais, em que a necessidade da Administração somente será atendida com a contratação de um objeto que, dentro dos limites econômico-financeiros existentes, somente possa ser satisfeito mediante a utilização da melhor técnica possível – e não apenas um padrão mínimo de qualidade.

⁵ Trata-se de uma orientação corrente na doutrina. Por todos: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 604).

O critério de melhor técnica do RDC também apresenta relevantes novidades. Ao dispor sobre a melhor técnica, a Lei nº 12.462 acrescenta a expressão “ou conteúdo artístico”, especificando ainda mais a hipótese de cabimento e a forma de aplicação desse critério de julgamento – excetuados os serviços de engenharia (parágrafo único do art. 21). Com isso, além da “elevada qualidade técnica” do objeto, permite-se que o “melhor conteúdo artístico” seja ponderado como fator de julgamento da proposta mais vantajosa.

Isso se mostra relevante para as contratações relacionadas com os preparativos e cerimônias promovidas durante os eventos esportivos que motivaram a criação do RDC. A previsão limita a possibilidade de contratação de prestadores por inexigibilidade de licitação, pois admite que o conteúdo artístico seja objeto de valoração em certame licitatório próprio. Quando menos, isso representa um incentivo à instauração de competição entre potenciais contratantes, mesmo que o critério de escolha se baseie em qualidades de cunho artístico.

Para tanto, basta que se verifique a possibilidade de estabelecer critérios objetivos para identificar uma proposta mais vantajosa dentre várias existentes. Nesse escopo, o art. 32 do Decreto nº 7.581 acrescenta disposição relevante para o processamento das licitações realizadas pelo critério de melhor conteúdo artístico. Estabelece que, nesses casos, a comissão de licitação será (i.e. deverá ser) auxiliada por uma comissão especial integrada por pelo menos três pessoas de ilibada reputação e notório conhecimento da matéria sob exame, que podem inclusive ser servidores públicos.

Conforme previsto no § 2º, do art. 6º, da Lei nº 12.462, é necessário fixar no edital o valor do prêmio ou da remuneração – ou seja, a licitação de melhor técnica ou conteúdo artístico configura mais uma hipótese de exceção à regra de sigilo do orçamento prevista no *caput* daquele dispositivo.

6. O critério da maior oferta de preço

A Lei nº 12.462 mantém o critério de maior oferta de preço, sem menção ao “maior lance” e sem fazer vinculação aos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

A solução prevista no art. 22 da nova Lei vincula a utilização da maior oferta de preço a qualquer contrato que resulte em receita para a Administração – inclusive, mas não somente, os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. Nesse caso, ficam dispensados, diante da ausência de relevância prática, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira, conforme dispuser o regulamento (art. 22, § 1º).

Por outro lado, o § 2º do art. 22 permite que o edital exija dos licitantes a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% (cinco por cento) do valor ofertado. A garantia prestada pelo licitante vencedor reverterá para a Administração Pública caso o pagamento não seja efetivado no prazo previsto no ato convocatório (§ 3º), assegurando assim a seriedade e o compromisso dos licitantes com a disputa.

7. O critério do maior retorno econômico

O critério de maior retorno econômico, outra inovação da Lei nº 12.462, presta-se para as hipóteses em que o objeto licitado será prestado mediante

contrato de eficiência. Trata-se da espécie de contratação que vincula a remuneração do contratado ao resultado do contrato – no que se assemelha, embora não se confunda com o contrato de remuneração variada previsto no art. 10 da própria Lei nº 12.462.

A espécie vem descrita no 1º do art. 23 da Lei nº 12.462 como sendo o contrato de prestação de serviços, que pode contemplar a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia na forma de redução de despesas correntes da Administração.

A remuneração do particular contratado é estipulada com base em percentual da economia gerada para a Administração contratante. Ou seja, envolve risco: a vantagem do particular será proporcional ao ganho propiciado para a Administração. E se não for alcançada a meta prevista no contrato, fixada com base na proposta vencedora, o particular estará sujeito às sanções previstas no § 3º do art. 23 – desconto na diferença na sua remuneração, multa, além de outras cabíveis pelo descumprimento do contrato.

8. Conclusão

À parte as dificuldades e os problemas que certamente surgirão na prática do RDC (essa constatação se justifica pela experiência e não por puro ceticismo), a utilização do critério de julgamento adequado poderá contribuir para a realização desses objetivos nas licitações relacionadas com os eventos esportivos internacionais que se aproximam.

A escassez de tempo é um dificultador conhecido, mas os instrumentos disponíveis, se bem utilizados, certamente poderão contribuir com a obtenção de resultados satisfatórios (eis o otimismo).

E mais do que isso, muitas dessas inovações merecem ser aplicadas nas licitações de um modo geral. A expectativa para o futuro próximo é a de que a reforma da Lei de Licitações que está em andamento assimile essas novas regras, inclusive com as adaptações necessárias em vista da experiência concreta que será colhida a partir da aplicação do RDC nas licitações a que ele se restringe.

Informação bibliográfica do texto:

NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no regime diferenciado de contratações públicas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 58, dezembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].