

## A TEORIA DO MICROSSISTEMA JURÍDICO DAS LICITAÇÕES: rumo a um modelo flexível de aplicação dos institutos mais eficientes

Philippe de Oliveira Nader

### RESUMO

Ao longo dos últimos 25 anos, diversos diplomas legais regulamentaram variados procedimentos licitatórios no Brasil na busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública. No entanto, nem sempre as regulamentações se mostraram eficientes em tal desiderato. Nesse sentido, a evolução da legislação licitatória no Brasil permite refletir sobre a formação de um microsistema jurídico das licitações a partir da ideia de que não há um só diploma licitatório que agregue os institutos mais eficientes, nem mesmo os mais modernos; eles estão espalhados pelo ordenamento jurídico. Se esses diplomas passam a ser vistos de forma global, conseguiremos conceber a existência de um único sistema - ou microsistema - licitatório, inspirado nos princípios constitucionais que regem as licitações. Com o advento dos novos modelos de licitar previstos em diversos diplomas, cada vez mais intercambiáveis entre si, propomos a aplicação da teoria do microsistema jurídico de licitações no Brasil de modo a permitir a utilização dos institutos a todo e qualquer objeto e entidade no seio da Administração Pública Direta e Indireta, independentemente de sua posição topográfica no ordenamento jurídico, desde que definido previamente o procedimento mais adequado em cada caso no instrumento convocatório, o que permitirá o aproveitamento máximo de cada instituto em cada licitação realizada, visando um maior desenvolvimento das atividades econômicas no país.

**Palavras-chave:** Microsistema Jurídico de licitações. Modelo flexível.

### 1 INTRODUÇÃO

Em 1993, foi editada a Lei Geral de Licitações no Brasil<sup>1</sup> (8.666). Em 1998, o Decreto n. 2.745/98<sup>2</sup> aprova o Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras e prevê pioneiramente no Brasil a figura jurídica da contratação integrada. Em 2002, é editada a Lei do Pregão<sup>3</sup> (10.520/2002) trazendo novidades como a inversão das fases licitatórias de habilitação e julgamento, além da disputa por lances verbais. No ano de 2004, entrou em vigor a Lei das Parcerias Público-Privadas<sup>4</sup> (11.079/2004) inaugurando no ordenamento jurídico um novo modelo de pagamento ao contratado de remuneração variável vinculada ao desempenho.

Já em 2011, surgiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei 12.462/2011<sup>5</sup>, inaugurando em nosso ordenamento a possibilidade de indicação de marca e o orçamento sigiloso, alçado por muitos a modelo legislativo de vanguarda para a contratação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública ante a presunção de sua maior eficiência, economicidade e controle em relação às regras licitatórias estatuídas pela Lei Geral n. 8.666/1993<sup>6</sup>. Em junho de 2016, por fim, um novo regime licitatório foi anunciado pela Lei 13.303<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> BRASIL. Casa Civil. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>2</sup> Id. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2745.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>3</sup> Id. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>4</sup> Id. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>5</sup> Id. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC [...]. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>6</sup> Id., 1993.

<sup>7</sup> Id. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

conhecido como o Estatuto Jurídico das Estatais (previsto no artigo 173, §1º da CRFB/88<sup>8</sup>), que visou uma uniformização das regras licitatórias no seio das empresas públicas e sociedades de economia mista, incorporando diversas regras do Decreto Federal 2.745/98<sup>9</sup> e do Regime Diferenciado de Contratações<sup>10</sup>.

O breve histórico narrado, com alguns dos principais institutos utilizados em matéria de licitações, é ilustrativo do “carnaval licitatório”<sup>11</sup> que ainda caracteriza a realidade brasileira de contratação de bens e serviços.

Sem ignorar a maior sistematização e eficiência dos novos<sup>12</sup> institutos previstos nos diplomas recentes, é inegável que i) a ausência de uma codificação do Direito Administrativo - justificada historicamente pela forma federativa de Estado e pela autonomia administrativa de cada ente - e ii) as frequentes reformas legislativas pontuais e setorializadas dificultaram e ainda dificultam bastante a operacionalização de um procedimento licitatório eficiente e trazem insegurança jurídica às partes envolvidas no certame.

Podemos citar como exemplo dessa insegurança jurídica a crise de validade que acompanhou o procedimento licitatório simplificado da Petrobras durante todo o tempo em que vigorou<sup>13</sup>, desde seu nascedouro. Robustos questionamentos doutrinários<sup>14</sup> e do Tribunal de Contas da União<sup>15</sup> sempre sustentaram a invalidade do Decreto Executivo Federal n. 2.745/98<sup>16</sup>, que aprovou o Regulamento do Procedimento Simplificado de Licitações da Petrobras, apesar da inquestionável atualidade de seus institutos ainda na década de 90. Há registro de 19 mandados de segurança impetrados no Supremo Tribunal Federal (STF) contra decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinavam o afastamento da incidência do Decreto 2.745/98<sup>17</sup> por inconstitucionalidade formal.

Com a aprovação da Lei 13.303/16<sup>18</sup> (que revogou o artigo 67 da Lei 9478/97<sup>19</sup> retirando o fundamento de validade do Decreto 2745/98<sup>20</sup>), não nos parece que os problemas se resolverão, até porque se sabe que o Estatuto das Estatais foi editado às pressas e nasceu como resposta à sociedade em razão dos escândalos na estatal. Importante salientar que a doutrina já se questiona, por exemplo, se “o procedimento rígido fixado pela Lei nº 13.303/16 atenderá de forma adequada a todas as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, cada uma com suas peculiaridades e singularidades, respeitada a sua natureza privada.”<sup>21</sup>

<sup>8</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>9</sup> Id., 1998.

<sup>10</sup> Id., 2011b.

<sup>11</sup> Expressão cunhada em homenagem à obra “Carnaval Tributário”, do tributarista gaúcho Alfredo Augusto Becker, ainda que aqui esteja sendo empregado com conotação diversa.

<sup>12</sup> Em verdade, nem tão novos assim, tendo em vista que muitos deles, como a contratação integrada, que foi prevista na Lei 13303/16, já tinha previsão no ordenamento brasileiro (Decreto 2745/98) há mais de uma década.

<sup>13</sup> No dia 01/07/2016 entrou em vigor a Lei 13.303 que revogou os artigos 67 e 68 da Lei 9478/97, tida como fundamento de validade do Decreto Executivo 2745/98, que por sua vez estabelecia o procedimento simplificado de licitações da Petrobras. A Lei 13.303 conferiu 24 meses para as estatais promoverem as adaptações necessárias ao disposto na lei (art. 91).

<sup>14</sup> Ver, por todos,

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inconstitucionalidade do Artigo 67 da Lei nº 9478/97: Ilegalidade do Decreto nº 2745/98 em face da Lei nº 8666/93: Parecer**. Advocacia Gandra Martins. São Paulo, 2002. Disponível em: <[http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2014/08/19/43b4c6c051802\\_publ\\_1.doc](http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2014/08/19/43b4c6c051802_publ_1.doc)>. Acesso em: 15 maio 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4705/2015**, Segunda Câmara, ata 25/2015. TC 024.062.2006-8. 28 de julho de 2015. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 2015c. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A4705%20ANOACORDAO%3A2015/DTRLEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/2](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A4705%20ANOACORDAO%3A2015/DTRLEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/2)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>16</sup> Id., 1998.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Id., 2016

<sup>19</sup> Id. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>20</sup> Id., 1998.

<sup>21</sup> MATUQUE, Juliana Medina. Primeiras diretrizes sobre o regime licitatório e de contratação da Lei n. 13.303/2016. **Rev. de Contratos Públicos - RCP**. Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 113-137, set./fev. 2017. p. 115.

Na mesma linha de raciocínio, “corre-se o risco de, num futuro bastante próximo, ser editada nova legislação fundamentada em premissas discrepantes daquelas definidas na Lei nº 13.303/16 e, assim, defasado será o Estatuto das Empresas Estatais”<sup>22</sup>.

Não menos ilustrativo do “carnaval licitatório” brasileiro são os inúmeros projetos de lei que tratam de licitações tramitando no Congresso Nacional<sup>23</sup>. Um deles (Projeto de Lei 559/2013, já aprovado no Senado Federal e enviado à Câmara dos Deputados) termina por incorporar totalmente as leis do RDC<sup>24</sup>, do Pregão (10.520/02<sup>25</sup>) e a Lei 8.666/93<sup>26</sup> em uma nova Lei Geral de Licitações, revogando a anterior.

Temos, portanto, uma miríade de leis avulsas tentando regular uma infinidade de situações, cada uma a seu modo, como se fossem compartimentos estanques e inconciliáveis.

Fixadas essas premissas, passaremos a demonstrar que os diplomas legislativos que tratam de licitações no Brasil compõem um mesmo microssistema jurídico a partir do qual passa a ser possível um intercâmbio entre os diversos institutos e regras existentes em cada uma dessas leis de licitações, sempre visando uma solução jurídica imediata e eficaz para a harmonização do procedimento licitatório com a Constituição Federal de 1988<sup>27</sup>, bastando que os institutos a serem utilizados sejam bem delimitados no instrumento convocatório por parte do gestor. A solução visa atender, com a maior amplitude possível, as determinações contidas nos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem as licitações.

Nesse sentido, pretendemos comprovar juridicamente a possibilidade de aplicação harmônica e concorrente aos órgãos públicos tanto dos institutos dos mais modernos regimes de licitação, como é o caso do RDC<sup>28</sup> e do Estatuto Jurídico das Estatais<sup>29</sup>, quanto os das leis antigas, como o Pregão e a Lei de Parcerias Público-Privadas, o que, em tese, pode, a um só tempo, tornar o procedimento licitatório mais eficiente e econômico, atendendo aos fins constitucionais, e tornar desnecessária a seguida edição de leis específicas para cada entidade ou área de atuação.

Entendemos que a substituição abrupta de leis - que normalmente não “conversam” entre si, gerando um semicão sistemico - pode trazer inúmeras dificuldades de ordem prática no dia a dia das contratações, principalmente das estatais, uma vez que concorrem com outras empresas privadas e não podem ser surpreendidas com regras novas e limitadoras para obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

## 2 OBJETIVO

O artigo possui como objetivo tomar de empréstimo das demais disciplinas jurídicas a teoria dos microssistemas e aplicá-la para as licitações no Brasil, o que permitirá a utilização dos institutos dos diversos regimes licitatórios em vigor no país e aplicá-los a todo e qualquer ente da Administração Pública, respeitadas impossibilidades fáticas no intercâmbio de institutos, analisadas caso a caso, de cada um dos modelos licitatórios integrantes do microssistema.

Desse modo, é importante destacar que o objetivo do presente artigo não é destrinchar cada instituto ou regra de determinado procedimento licitatório (trataremos, por servir de modelo a outros subsistemas licitatórios, apenas dos aspectos principais do RDC<sup>30</sup> e incorporados pelo Estatuto Jurídico das Estatais<sup>31</sup>), mas preponderantemente trazer a reflexão sobre os possíveis ganhos de eficiência em favor da Administração Pública pela adoção de um modelo flexível de

<sup>22</sup> Ibid., p. 115.

<sup>23</sup> Ver PLS n. 559/13 e PL 32/07.

<sup>24</sup> BRASIL, 2011a.

<sup>25</sup> Id., 2002.

<sup>26</sup> Id., 1993.

<sup>27</sup> Id., 1988.

<sup>28</sup> Id., 2011a.

<sup>29</sup> Id., 2016.

<sup>30</sup> Id., 2011a.

<sup>31</sup> BRASIL, 2016.

licitação, a partir do qual pudéssemos nos utilizar dos principais institutos no procedimento licitatório.

É o que passaremos a expor a seguir.

### 3 DESENVOLVIMENTO

#### 3.1 CONCEITO DE MICROSSISTEMA

A doutrina brasileira vem reconhecendo gradativamente uma mudança de perspectiva da função legislativa que passa a dar maior valor aos microssistemas em detrimento das grandes codificações<sup>32</sup>.

A gênese da ideia dos microssistemas vem do sociólogo alemão Niklas Luhmann, responsável pela criação da teoria dos sistemas<sup>33</sup>. Segundo esta teoria, o Direito se subdivide em vários subsistemas, os quais mantêm uma ligação funcional e, assim como a sociedade, também se reproduz por comunicações.

A lógica é que o jurista e o intérprete possam fazer uso de normas provenientes de um mesmo microssistema jurídico de modo a harmonizar eventuais interesses em conflito, buscando a melhor interpretação para o atingimento das finalidades constitucionais que, no caso do presente estudo, se referem aos princípios constitucionais das licitações e a seus próprios fins.

O Direito Administrativo é marcado pela ausência de codificações e está positivado em leis esparsas que tratam em separado dos diversos temas que regem o tecido social na relação entre Estado e administrado. Diferente, portanto, do Direito Civil, do Direito Processual Civil e do Direito Penal, disciplinas tradicionalmente integradas na Era da Codificação, o Direito Administrativo carece de uma sistematização legislativa que harmonize o sistema e facilite o trabalho do intérprete, prejudicando a própria Administração Pública.

Nas últimas décadas, a doutrina moderna vem difundindo amplamente que os Códigos já não sintetizam mais as disciplinas jurídicas por eles regidas, requerendo permanente complementação com as demais normas do sistema.<sup>34</sup>

Nesse sentido, o fenômeno da descodificação e dos microssistemas vêm ganhando força até mesmo nas disciplinas marcadas historicamente pela Codificação.

Ensinam os professores Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Junior<sup>35</sup> que os microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática. Ele dá como exemplo a Constituição<sup>36</sup> (prevalente), o Código Civil<sup>37</sup> [aqui, me permito utilizar a Lei 8.666/93, por ser a Lei Geral de Licitações no Brasil], e as leis especiais.

Antonio Gidi, um dos criadores do Código Modelo de Direito Processual Coletivo, já escreveu que “o operador [do Direito] que não for flexível não estará atuando com rigor técnico e científico”.<sup>38</sup>

Rodrigo Mazzei, por sua vez, assevera que “todo diploma que compõe o microssistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo”<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Bruno Servello. A nova era dos microssistemas jurídicos. *Âmbito Jurídico*, ago. 2012. Disponível em: <[http://www.ambitoJuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12138](http://www.ambitoJuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12138)>. Acesso em: 19 jan. 2015.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Rev. dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 23-38, jan. 2004. p. 18.

<sup>35</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodvm, 2007. 4 v.

<sup>36</sup> BRASIL, 1988.

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406*, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>38</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 182.

<sup>39</sup> MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Junior, mais uma vez tratando dos microsistemas, ensinam que eles “são caracterizados por tratarem de matéria específica, dotada de particularidades técnicas e importância que justificam uma organização autônoma.”<sup>40</sup> Prosseguem os doutrinadores pontuando que os diplomas que formam um mesmo microsistema “assumem-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em um realidade pluralista, complexa e muita dinâmica.”<sup>41</sup>

O fundamento de um microsistema é, portanto, a interpretação sistemática. Possibilita que soluções integradoras sejam postas em prática na ausência de (i) em regra, vedação legal para tanto ou de (ii) incompatibilidade entre os preceitos a serem aplicados.

É interessante observar, conforme nos ensina Márcio Ladeira Ávila<sup>42</sup>, que todos os microsistemas destinam-se a proteger toda ou parcela da coletividade, promovendo ou garantindo determinado direito. No microsistema processual coletivo, por exemplo, a coletividade é protegida em razão da moralidade administrativa. O microsistema das liminares contra o Poder Público protege o erário público (dinheiro de toda a coletividade), em função da responsabilidade fiscal.

O microsistema dos Juizados Especiais, por sua vez, protege a coletividade através do amplo acesso à justiça. O microsistema normativo do consumidor o protege em razão de sua vulnerabilidade material e hipossuficiência processual. As práticas anticoncorrenciais são combatidas para proteger concorrentes ou consumidores de bens e serviços oferecidos pelo mercado (microsistema concorrencial). Por fim, as microempresas e as empresas de pequeno porte são protegidas por serem detentoras de capacidade contributiva presumidamente menor.

Neste momento, nos importa apresentar, com algum grau de ineditismo, a partir da ideia de um microsistema para as licitações, a utilidade e possibilidade de comunicação entre os diversos regimes licitatórios, o que permitirá a flexibilização desejada para as licitações no Brasil.

### 3.2 A COMUNICAÇÃO ENTRE OS DIVERSOS REGIMES LICITATÓRIOS

Todos os diplomas normativos que tratam de licitações possuem o mesmo escopo constitucional: alcançar a melhor proposta para aquisição ou venda de bem ou contratação de serviço pela Administração Pública, desde que respeitada a isonomia entre os licitantes em um ambiente concorrencial saudável. Assim, o objetivo da licitação não varia conforme o regime adotado (geral ou diferenciado).

Seguindo a tendência legislativa do Direito Administrativo em geral, as licitações também não estão organizadas em um só Código, muito embora tenhamos uma lei geral sobre o tema, de conhecimento corrente. Os diversos diplomas legislativos que tratam de licitações no Brasil possuem, no entanto, diversos pontos em comum. Um deles é o respeito aos mesmos princípios constitucionais gerais da Administração Pública previstos no artigo 37 da CRFB/88<sup>43</sup>. Da mesma forma, os princípios setoriais das licitações também se espriam por toda a legislação esparsa que aborde o tema das licitações, entre os quais podemos citar o princípio do julgamento objetivo, a competitividade e a vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, entendemos perfeitamente plausível a ideia de um microsistema jurídico específico das licitações no Brasil, dentro do qual sejam intercambiáveis os diversos institutos existentes, uma vez que o atingimento das finalidades constitucionais é comum a todos os diplomas legislativos licitatórios, desde que o seja de forma motivada no caso concreto, sempre permitindo o controle administrativo e judicial dos atos praticados.

<sup>40</sup> DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2007, p. 68.

<sup>41</sup> DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2007, p. 51.

<sup>42</sup> ÁVILA, Márcio Ladeira. O Microsistema das Normas Antielisivas do Direito Tributário Internacional. *Rev. Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 13, n. 74. mar./abr. 2015.

<sup>43</sup> BRASIL, 1988.

O que ocorre é que, não obstante os princípios regentes das licitações sejam aplicáveis a todos os regimes licitatórios, as leis esparsas concretizam esses princípios fundantes de diferentes formas e com propósitos adequados a cada realidade.

Sundfeld e Pagani asseveram, nesse sentido, que não é eficiente um disciplinamento licitatório único para a Administração Pública como um todo, senão vejamos,

Todavia, de todos esses comandos constitucionais - seja do art. 37, XXI, seja dos que proclamam os citados princípios (republicano, da igualdade e da impessoalidade) - não se segue que haverá um único regime licitatório para toda a Administração. Para as empresas estatais e suas subsidiárias, a Constituição prevê um sistema diferenciado de licitação e contratação. Afinal, são entidades que, ao mesmo tempo em que integram o aparelho do Estado e, via de consequência, submetem-se nalguma medida ao regime de direito público, também se organizam sob a forma empresarial, tendo, pois, personalidade de direito privado<sup>44</sup>.

Ao tratar da cláusula matriz de risco da lei 13.303, Juliana Medina Matuque aponta que,

(...) a lógica que orienta o mercado econômico impõe a consideração das peculiaridades de cada contratação. Consequentemente, os riscos também se materializam de forma singular, sendo válida a cláusula da matriz de risco como necessária, conferindo-se maior eficiência e segurança à contratação<sup>45</sup>.

Luís Raul Andrade traz exemplo interessante de comunicação de institutos de regimes licitatórios diversos, senão vejamos,

Com a Lei do Pregão em 2002, instituiu-se processo instrumentalmente adequado, aplicado às compras e serviços comuns. Tal foi seu sucesso e, tamanhas eram as dificuldades da Lei 8.666, que as cortes de Contas e o Poder Judiciário passaram a admitir, a despeito de previsão legal, que obras e serviços de engenharia *comuns* fossem também licitados por pregão<sup>46</sup> (grifo nosso).

Como se percebe, a ausência de disposição legal expressa da Lei 10.520/02<sup>47</sup> (Pregão) não impediu ao Poder Judiciário assentar que seria possível tomar de empréstimo o procedimento do pregão, muito mais célere e eficiente, para aplicá-lo nas licitações que envolvessem obras e serviços de *engenharia comuns* previstos na Lei 8.666/93<sup>48</sup>, desbordando, a princípio, da hipótese restrita previamente prevista pelo legislador na Lei do Pregão.

Embora possa causar algum espanto a juristas tradicionais, demasiadamente apegados à literalidade dos dispositivos legais, a nós parece ideia bastante plausível. Nada mais fez o Poder Judiciário do que concretizar a aplicação dos princípios constitucionais atinentes à licitação, como o da eficiência nos resultados e da economicidade, ainda que utilizando institutos ou regras próprias de outro modelo específico de licitação.

Ademais, a moderna doutrina constitucional já nos brinda com o conceito de que o intérprete é coautor da norma, ao lado do legislador, a partir da utilização dos critérios jurídicos de interpretação. É o que defende, por exemplo, no Brasil, o professor Luís Roberto Barroso em diversas obras.

Nesse sentido, nada impede que, vislumbrando lacuna normativa em determinado diploma legal integrante do microssistema licitatório, possa ser aplicada uma regra de outro diploma legal integrante do mesmo microssistema licitatório para suprir aquela lacuna. É o caso da exigência de especificidade de marca, previsto na lei 12.462/11<sup>49</sup> e proibida expressamente pela Lei 8.666/93<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Rev. de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 24, dez. 2014. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42118>>. Acesso em: 09 out. 2016.

<sup>45</sup> MATUQUE, Juliana Medina. Primeiras diretrizes sobre o regime licitatório e de contratação da Lei n. 13.303/2016. *Rev. de Contratos Públicos - RCP*, Belo Horizonte, ano 6, n.10. p.133

<sup>46</sup> ANDRADE, Luís Raul. Ampliação do RDC é um avanço necessário nas contratações. *Consultor Jurídico*, 13 maio 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-13/luis-andrade-ampliacao-rdc-avanco-necessario-contratacoes>>. Acesso em: 27 set. 2014.

<sup>47</sup> BRASIL, 2002.

<sup>48</sup> Id., 1993.

<sup>49</sup> Id., 2011b.

<sup>50</sup> Id., 1993.

Passou-se a entender que, mesmo sendo proibida expressamente a indicação de marca sob a égide da Lei 8666/93<sup>51</sup> (artigo 15, §7º, I), a indicação de marca poderia ser considerada viável em situações excepcionais, desde que devidamente justificadas, especialmente pela necessidade de padronização, um princípio das licitações. Por que se entendeu que isso era possível, nada obstante a interpretação, a princípio, *contra legem*? Explico: porque a indicação de marca atende à necessidade de padronização do objeto e, igualmente, ao princípio constitucional da segurança jurídica e previsibilidade nas licitações.

A partir do raciocínio jurídico posto acima, podemos concluir que, se mesmo *contra legem* foi permitida a utilização de forma de aquisição de bens expressamente vedado, por que não permitir a utilização de instituto ou forma de aquisição prevista em outro diploma de licitações que atende comprovadamente e de maneira mais eficaz a um princípio constitucional das licitações?

O caminho para a construção de um microsistema é, portanto, a interpretação sistemática. Possibilita que soluções integradoras sejam postas em prática na ausência de (i) em regra, vedação legal para tanto ou de (ii) incompatibilidade entre os preceitos a serem aplicados.

Exemplo relevante também pode ser extraído da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. A Corte de Contas entendeu pela possibilidade de utilização do RDC na Petrobras, desde que se enquadre nas hipóteses constantes da Lei 12.462/11<sup>52</sup>. Mas não foi só. Em 25 de março de 2015, o TCU decidiu que a Petrobras não só pode como deve se utilizar de parâmetros previstos na Lei do RDC, dada a similaridade de seus contratos tipo *EPC (turn key)* e contratação integrada, previstos tanto no Decreto 2.745/98<sup>53</sup> quanto na Lei 12.462/11.

Vejamos a ementa do julgado n. 007.315/2011-2, AC-0621-10/15-P, de Relatoria do Ministro Vital do Rêgo do c. TCU,

Fiscobras 2011. Relatório de auditoria. Obras do complexo petroquímico do rio de janeiro - COMPERJ. Construção da estrada de acesso principal do COMPERJ. Licitação na modalidade convite, com orçamento desacompanhado das composições dos custos dos serviços contratados. Ausência de elementos essenciais para conferir a razoabilidade ou permitir um julgamento objetivo das propostas comerciais apostas ao demonstrativo de formação de preços da contratada. **Contratos de obras da Petrobras guardam similaridade com as contratações integradas previstas no regime diferenciado de contratações públicas - RDC. Necessidade de se exigir maiores detalhes sobre os preços ofertados pelos licitantes. Determinações. Arquivamento**<sup>54</sup> (grifo nosso).

O Ministro Relator deixou consignado no corpo do acórdão a existência de lacuna normativa sobre o tema, o que demandou a necessidade de serem delineadas trilhas firmes para o bom trato do patrimônio da Estatal.

Em outro julgado tratando da mesma questão, o TCU detalhou sua tese na ementa que segue transcrita,

3. Ante a lacuna existente no Decreto 2.745/98 e nos normativos da Petrobras acerca dos elementos mínimos que devem constar nas propostas comerciais recebidas nas licitações, **aplicam-se às contratações de obras e serviços de engenharia da estatal, em especial às empreitadas por preço global, procedimentos análogos aos das contratações integradas do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), delimitados em entendimentos do TCU, em prestígio aos princípios da segurança jurídica, do julgamento objetivo, da isonomia, da eficiência e da obtenção da melhor proposta.** (Grifo nosso).<sup>55</sup>

Nesse sentido, baseado na semelhança entre as contratações integradas do RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e os contratos EPC (*Engineering, Procurement and*

<sup>51</sup> BRASIL, 1993.

<sup>52</sup> Id., 2011b.

<sup>53</sup> Id., 1998.

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 621-2015**, ata 10/2015. TC 007.315/2011-2. Plenário, 25 de março de 2015. Relator: Vital do Rêgo. Brasília, 2015b. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A621%20RELATOR%3A%22VITAL%20DO%20R%20C%208AGO%22/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A621%20RELATOR%3A%22VITAL%20DO%20R%20C%208AGO%22/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>55</sup> Id. **Acórdão 600-2015**, ata 10/2015. TC 011.796/2011-1. Plenário, 25 de março de 2015. Relator: Raimundo Carreiro.

Brasília, DF 2015a. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A600%20ANOACORDAO%3A2015/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A600%20ANOACORDAO%3A2015/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1)>. Acesso em: 30 maio 2017.

*Construction*) também previstos no Decreto 2.745/98<sup>56</sup>, o relator afirmou que vários entendimentos do TCU relativos ao RDC teriam a mesma aplicabilidade aos contratos da Petrobras e deveriam ser estendidos a ela<sup>57</sup>.

A conclusão do Relator caminha na direção do que aqui se defende. Não obstante se tratar de diploma normativo diverso, em princípio inaplicável à Petrobras, nada impede a interpretação de que os institutos lá previstos recebam o mesmo tratamento daqueles previstos no Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobras, diante da possibilidade de comunicação entre os regimes<sup>58</sup>.

Mais: é possível aplicar a teoria dos microssistemas jurídicos das licitações não apenas entre contratos que guardem similaridades (vg., EPC e Turn Key) ou entre institutos que possuem previsão em mais de um diploma licitatório (v.g., contratação integrada), facilmente intercambiáveis entre si, mas também a outros institutos e regras procedimentais que sejam nitidamente mais econômicos e atendam de forma mais efetiva aos princípios constitucionais de licitação, notadamente a economicidade e a eficiência administrativa.

Dentro da nossa realidade, portanto, é possível lançar mão de instrumentos jurídicos de hermenêutica para que possamos nos utilizar dos melhores institutos existentes a fim de minimizar ao máximo práticas nocivas na relação entre iniciativa privada e instituições públicas.

### 3.3 PRINCIPAIS INSTITUTOS LICITATÓRIOS INTERCAMBIÁVEIS

#### 3.3.1 POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO FUNDAMENTADA DE MARCA

Na Lei 8.666/93<sup>59</sup> a indicação de marca é vedada. No entanto, em situações excepcionais, desde que devidamente justificadas, a indicação de marca era considerada viável, especialmente pela necessidade de padronização, um princípio maior das licitações.

No RDC é expressamente possível indicar marca ou modelo em três situações: i) padronização, ii) quando somente uma marca ou modelo satisfaz, e iii) quando há marca similar ou de melhor qualidade<sup>60</sup>.

Ressalte-se que a indicação de marca só é possível para aquisição de bens, nunca para contratação de obras e serviços<sup>61</sup>.

É importante notar que o produto não pode ser escolhido unicamente pelo nome da marca ou modelo, resultante do trabalho desenvolvido pelo setor de marketing de seu fornecedor. O bem deve ser escolhido por suas características específicas e únicas<sup>62</sup>.

Assim, o legislador consagrou no texto da Lei 12.462/2011 uma tendência que já vinha sendo praticada na aplicação da Lei 8.666/93, em homenagem ao princípio da padronização e da eficiência, e que pode ser facilmente aplicado em outros procedimentos licitatórios.

#### 3.3.2 CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A contratação integrada é o regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia pelo qual a Administração Pública contrata todas as fases de elaboração do projeto até a entrega final do objeto em pleno funcionamento.

Não se trata, propriamente, de uma novidade trazida pela Lei do RDC, pois o Regulamento que aprova o Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras já previa no item 1.9 a figura jurídica

---

<sup>56</sup> BRASIL, 1998.

<sup>57</sup> Id., 2015a.

<sup>58</sup> BRASIL, 2015a.

<sup>59</sup> Id., 1993.

<sup>60</sup> Id., 2011.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

da Contratação Integrada de forma pioneira no ordenamento jurídico brasileiro, nos idos de 1997. Vejamos o inteiro teor da norma,

Item 1.9. Sempre que economicamente recomendável, a Petrobras poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas<sup>63</sup>.

No entanto, pela sua enorme importância na prática licitatória e pelos desdobramentos que o TCU deu ao regime da contratação integrada interpretando o RDC, é válido tecer breves comentários sobre esse regime de execução de obras e serviços de engenharia.

Como dito, a Lei do RDC veio consagrar na legislação ordinária um regime de execução indireta já existente no âmbito da Petrobras e de significativo sucesso na estatal. O artigo 8º da Lei 12.462/2011<sup>64</sup> prevê o instituto.

A novidade da contratação integrada não é exatamente a contratação de projeto básico a cargo da contratada. Isso a Lei 8.666/93 já permitia. A diferença é que na contratação integrada a elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo ficam a cargo de uma mesma contratada, sendo de responsabilidade da contratante tão somente o anteprojeto de engenharia. A finalidade é justamente transferir ao contratado toda a responsabilidade pela construção da obra e de seu pronto funcionamento<sup>65</sup>.

Para citar um exemplo de entendimento do TCU aplicável por analogia à Petrobras, exige-se dos licitantes vencedores a apresentação de composições de custo unitário dos serviços, ainda que se trate de contratação integrada, com vistas à facilitar a fiscalização por parte da Corte de Contas sobre o certame. Vejamos trecho de julgado do TCU,

É recomendável à Administração exigir dos vencedores das licitações realizadas sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), quando escolhida a forma de contratação integrada, a apresentação, nos projetos básicos, das composições de custo unitário dos serviços que não constem no Sicro, para que seja viável a análise do cronograma físico e dos critérios de aceitabilidade de preços da obra, bem como a retroalimentação do seu sistema de custos, em atenção ao disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 12.462/2011<sup>66</sup>.

Por fim, cabe dizer que a contratação integrada pressupõe um orçamento do custo total da obra, não havendo necessidade de definição de todos os detalhes do empreendimento, pois o que interessa à contratante é a entrega de toda a obra em pleno funcionamento.

### 3.3.3 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONTRATO DE DESEMPENHO (OU CONTRATO DE EFICIENTIZAÇÃO)

A gestão administrativa moderna sofre o influxo da chamada “Administração de Resultados”<sup>67</sup>, paradigma que traz novas formas de gestão da coisa pública. Nesse sentido, uma dessas novas formas é a previsão de metas a serem cumpridas pelos contratados do Poder Público visando à busca por resultados mais eficientes, o que favorece o usuário do serviço ou bem público.

<sup>63</sup> BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado do Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2745.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>64</sup> BRASIL, 2011.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1167-1/14-P, Plenário, ata 15/2014. TC 029.394/2013-9. 7 de maio de 2014. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 2014a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=497717.>>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>67</sup> “No geral, podemos dizer que a administração para resultados se trata de uma ferramenta administrativa que, através de sua metodologia, alinha o planejamento, a avaliação e o controle, favorecendo a tradução dos objetivos e o gerencialismo responsável. Ela também promove uma maior eficiência e eficácia na organização (seja ela pública ou privada). O seu foco se encontra na efetividade e na flexibilização dos processos, ajudando a combater o costume arraigado de normas e procedimentos (vide a burocracia), assim como, promovendo mais eficiência, eficácia e *accountability* (responsabilidade) na administração pública e privada.”. (Grifo nosso). O QUE é administração para resultados? Portal Administração: tudo sobre administração, [201?]. Disponível em: <<http://www.portal-administracao.com/2014/06/o-que-e-administracao-para-resultados.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

São dois os mecanismos inseridos no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.462/2011 com o objetivo precípuo de ampliar a eficiência nas contratações públicas. São eles: i) a remuneração variável vinculado ao desempenho, disposta no artigo 10, da Lei do RDC<sup>68</sup> e no artigo 70, de seu Decreto regulamentador e ii) o contrato de eficiência, previsto no artigo 23, da Lei do RDC e nos artigos 36 e 37 de seu Decreto regulamentador<sup>69</sup>.

Ambos os instrumentos buscam “dividir a economia ou lucro proporcionado ao contratante em decorrência de sua ação”<sup>70</sup>. Em outras palavras, subordinam a totalidade ou parte da remuneração a ser recebida pelo particular à obtenção de determinado resultado futuro acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência, caracterizando um típico contrato de risco.

O estabelecimento de remuneração variável não é propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 11.079/04 que rege as Parcerias Público-Privadas (PPP) já previa em seu artigo 6º, parágrafo único, que o contrato de PPP poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Não se trata de sanção por eventual inexecução, mas de prêmio ou bônus ao contratado pelo atingimento dos fins contratuais de forma mais eficiente.

A respeito do tema, Rafael Wallbach Schwind leciona,

A vinculação da remuneração do contratado à obtenção de um resultado futuro e incerto, portanto, deriva da ponderação dos custos de transação envolvidos para ambas as partes. Trata-se, em última análise, de uma sistemática de alocação de riscos, uma vez que há uma definição sobre quem assumirá os riscos relacionados à efetiva obtenção de determinado proveito<sup>71</sup>.

Ademais, se alega que a aplicação de tal sistemática de remuneração seria prejudicial ao Erário, pois geraria, *a priori*, um gasto maior de recursos da Administração Pública. Para muitos, contrários à aplicação deste instituto, a vinculação de um valor adicional em decorrência do atingimento de determinada meta prevista em contrato seria despiciendo, pois a Administração deve buscar sempre a melhor qualidade possível, ou seja, ou aquele resultado buscado é obrigatório ou ele é desnecessário, não cabendo aqui, portanto, o pagamento de nenhuma espécie de “bônus” contratual.

Nada obstante os argumentos levantados, o Poder Público não está renunciando aos padrões de qualidade, mas avaliando casuisticamente as situações em que o pagamento deste adicional afigura-se vantajosa para a Administração Pública, em virtude dos benefícios adicionais efetivamente trazidos.

Nesse sentido, Rafael Wallbach Schwind aduz,

Logo, seria um equívoco afirmar que a remuneração variável proporcionaria um agravamento da posição jurídica da Administração Pública. Não se trata de um agravamento nem da situação da Administração, nem da situação do particular. Trata-se, isso sim, de encontrar a justa medida entre a relevância do benefício almejado pela Administração e o montante da remuneração a ser paga ao contratado. O impacto das reais vantagens deve ser estipulado e avaliado em cada caso, a fim de que a remuneração devida seja dimensionada de modo justo<sup>72</sup>.

Importante destacar aqui que a remuneração variável deve respeitar o princípio da modicidade, da economicidade, bem como aos limites impostos pelo orçamento (artigo 70, §1º, Decreto nº 7.581/2011)<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação. BRASIL, 2011, art. 10.

<sup>69</sup> BRASIL, 2011.

<sup>70</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, 2011, p. 32.

<sup>71</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto n. 7581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.172.

<sup>72</sup> Ibid., p. 173.

<sup>73</sup> BRASIL, 2011.

### 3.3.4 ORÇAMENTO SIGILOSO

O orçamento sigiloso, enquanto regra de um modelo de licitações, é uma novidade trazida pelo RDC. O instituto posterga a publicidade da estimativa orçamentária para após o encerramento do certame licitatório.

No entanto, o TCU, tem resistido à utilização do orçamento sigiloso pela Petrobras<sup>74</sup>, uma vez que vem entendendo que o Decreto 2.745/08 é omissivo em relação à matéria e determina a incidência da Lei 8.666/93.

Isso permite que os licitantes apresentem propostas com preços compatíveis com os de mercado. Evita que os licitantes sejam direcionados a apresentar propostas com valores próximos ao custo estimado da obra ou serviço, caso fosse divulgado. Em outras palavras, evita a elevação artificial dos preços e a formação de cartel. Como se vê, a novidade apresenta ganhos de eficiência e economicidade.

A Presidência da República, prestando informações no âmbito da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.655 em trâmite no Supremo Tribunal Federal contra a Lei 12.462/2011, defendeu o orçamento sigiloso uma vez que ele objetiva,

(...) a proteção do erário, assegurando que as propostas dos licitantes correspondam a um valor pelo qual estejam dispostos a executar a obra, sem que os preços convirjam artificialmente para patamares próximos ao orçamento anunciado, quando poderiam ser mais baixos.” Prossegue a Presidência dizendo que “quando os licitantes desconhecem o orçamento estimado, a tendência é que apresentem propostas mais atrativas para a Administração, atendendo ao princípio da eficiência e da economicidade<sup>75</sup>.

Interessante concluir que, sob o argumento de seguir à risca o princípio da publicidade, a divulgação prévia da estimativa orçamentária acaba permitindo fraudes e fomenta, ainda que indiretamente, a ineficiência administrativa - considerando que a eficiência é intrinsecamente associada à economicidade.

Dessa forma, o orçamento sigiloso é uma prática bem-vinda e deve ser consagrada, de uma vez por todas, às licitações realizadas pela Administração Pública a partir do disposto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

### 3.3.5 LANCES VERBAIS E INTERMEDIÁRIOS

Entre as novidades do RDC, está a possibilidade de apresentação de lances intermediários durante a disputa aberta de preços (artigo 17, § 1º, inciso I, da Lei 12.462/2011)<sup>76</sup>. Significa dizer que os licitantes não estão obrigados a cobrir a melhor proposta; podem, somente, ofertar valores inferiores aos por ela anteriormente propostos (quando a disputa se der pelo menor preço).

Busca-se, assim, perquirir preços mais vantajosos também da segunda (e demais) colocadas. Em caso de desclassificação da melhor e menor proposta, afinal - e mesmo por necessidade de contratar remanescente de obra - são convocadas as empresas subsequentes, de acordo com os

<sup>74</sup> Como exemplo do entendimento, podemos citar o Acórdão 1854/2009, 2ª Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro, em que restou consignado a seguinte recomendação à Petrobras: “faça constar, em seus procedimentos licitatórios, como anexos ao edital, cópia do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitário, em observância ao princípio da publicidade que permeia o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2745/98(...)”.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1854/2009**, ata 11/2009. Segunda Câmara. TC- 017.810/2006-5. 14 de abril de 2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A1854%20ANOACORDAO%3A2009/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/3](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A1854%20ANOACORDAO%3A2009/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/3)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>75</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.655**. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1496027>>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>76</sup> BRASIL, 2011b.

preços por elas apresentados (artigo 40, inciso II e parágrafo c/c artigo 41, caput, da Lei 12.462/2011)<sup>77</sup>.

A regra consagra o princípio da eficiência e também traria inúmeras vantagens ao procedimento licitatório da estatal.

### 3.3.6 MENOR PREÇO OU MAIOR DESCONTO

Este critério de julgamento é a regra no RDC. Admite duas espécies: menor preço e maior desconto.

O menor preço é aquele ofertado, respeitados parâmetros mínimos de qualidade, que garantam no menor dispêndio para a Administração Pública, incluídos os custos indiretos.

Quanto ao maior desconto, e aí reside a novidade do RDC em relação à Lei Geral de Licitações, será considerada vencedora a proposta que apresentar maior desconto em relação ao preço global fixado no edital. Esse desconto valerá, inclusive, para aditamentos, conforme prescreve o artigo 19, §2º da Lei do RDC<sup>78</sup>.

Esse critério de julgamento tem utilidade quando a Administração detiver informações consistentes acerca do custo da obra ou serviço licitado, a ponto de fixá-lo com precisão no Edital.

### 3.3.7 MAIOR RETORNO ECONÔMICO

O retorno econômico que dá nome a este tipo de licitação do RDC será obtido pelo resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho. É notório, portanto, que este tipo de licitação envolve risco, qual seja, a vantagem do particular será proporcional ao ganho propiciado para a Administração.

Logo, a proposta de preço a ser ofertada pelos licitantes corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária, nos termos do artigo 23, §2º da Lei do RDC<sup>79</sup>, c/c artigo 37 do Decreto 7.581<sup>80</sup>.

O tipo de licitação ora apresentado seria bastante útil para a Petrobras, que costuma utilizar-se, na maior parte das vezes, da modalidade convite com o tipo menor preço, uma vez que teria grandes possibilidades de permitir aos licitantes um ganho de eficiência, incentivando-os a reduzirem despesas correntes da Petrobras.

### 3.3.8 CRITÉRIOS DE DESEMPATE

O RDC estabeleceu novos elementos para desempate no certame licitatório e previu a ordem de aplicação de tais critérios. Vejamos o que prescreve o dispositivo legal da Lei 12.462/11,

Art. 25. Em caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação;

II - a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

IV - sorteio<sup>81</sup>.

Os critérios referidos nos itens I e II representam a novidade do RDC, uma vez que os demais já constavam em diplomas legais anteriores. Passamos a analisá-los.

A disputa final consiste na realização de uma última fase competitiva, após a configuração do empate das propostas, ficto ou real, ocasião em que surge a faculdade de os licitantes

<sup>77</sup> BRASIL, 2011b.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> BRASIL, 2011b.

<sup>80</sup> Id., 2011a.

<sup>81</sup> Id., op. cit.

apresentarem uma nova proposta fechada, as quais serão abertas e divulgadas no mesmo momento. Como se vê, o licitante empatado desconhece o teor da proposta do concorrente até o momento em que é decidido o vencedor.

Frise-se que não se trata do instituto da negociação, tratado alhures, que se dá apenas (inicialmente) com o primeiro classificado. Desse modo, só há negociação se não houve empate.

Nesta situação, portanto, a Administração Pública ganha com a ampliação da vantajosidade da contratação.

Quanto ao critério previsto no inciso II do artigo 25 em estudo, podemos dizer que se trata da inovação mais relevante do RDC no que tange aos critérios de desempate. Uma vez empatados os licitantes, proceder-se-á a uma avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes<sup>82</sup>.

O objetivo do critério é aumentar a segurança e a eficiência (redução de riscos) da contratação pública. Dessa forma, é possível considerar tanto contratações exitosas quanto as experiências anteriores desabonadoras para fins de desempate.

Como exemplo de experiência desabonadora, podemos citar o caso de empresa que tenha recebido penalidade por descumprimento contratual com a Administração Pública, o que a afastaria do certame licitatório em prol da empresa mais eficiente. Um exemplo de contratação exitosa, por sua vez, seria o caso de contratação de empresa que tenha obtido melhores resultados em contratos de eficiência (com remuneração variável) em contrato anterior com a Administração Pública.

O inciso III do multicitado artigo 25 traz preferências previstas na legislação federal<sup>83</sup>. O artigo 3º da Lei 8.248/91 diz respeito às contratações relativas a bens e serviços da área de informática e automação<sup>84</sup>. Já o artigo 3º, §2º da Lei 8.666/93 consagra critérios de desempate em favor da indústria nacional como bens produzidos no Brasil ou por empresas brasileiras<sup>85</sup>.

Por fim, o sorteio, último critério a ser utilizado na ordem de classificação estabelecida taxativamente pelo artigo 25 da Lei 12.462/11, necessita de precauções que evitem eivar o certame de nulidade.

Uma questão importante que se coloca diz respeito à necessidade de realização do sorteio em ato público e presencial. O TCU já definiu, ao tratar do sorteio enquanto critério de desempate previsto na Lei 8.666/93, que não é possível o sorteio eletrônico para desempate de propostas ante a falta de transparência do *modus operandi*.

### 3.3.9 VEDAÇÃO DE TERMOS ADITIVOS

Como regra, é vedada a celebração de termos aditivos no âmbito do RDC. A inovação está no fato de que no regime geral de licitações a celebração de aditivos era bem mais ampla, o que poderia permitir excessos.

Com o RDC, em se tratando de contratação integrada, o legislador foi incisivo ao vedar a realização de aditivos, somente o permitindo para reequilíbrio da equação econômico-financeira em caso de caso fortuito ou força maior, ou por necessidade de alteração do projeto e de suas especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, hipóteses bem restritas.

A ressalva do dispositivo legal em comento é o mais interessante, pois descarta que erros ou omissões por parte do contratado sirvam de motivação para ensejar eventuais pedidos de aditivos contratuais.

<sup>82</sup> BRASIL, 2011b.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Id. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8248.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8248.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

<sup>85</sup> BRASIL, 1993.

A ideia é que os licitantes deverão elaborar suas propostas com o maior zelo possível uma vez que as alterações estarão bastante limitadas se comparado à Lei 8.666/93. O TCU já se debruçou sobre a questão e dispôs da seguinte forma,

A vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada do Regime Diferenciado de Contratações não é absoluta e objetiva garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos na etapa de execução<sup>86</sup>.

Assim, a contratada deverá arcar com eventuais erros ou omissões na quantificação dos serviços, situação em que, em regra, não teria direito a aditivos contratuais de quantidades em caso de estarem subestimadas por erro que pudesse ter sido detectado durante o processo licitatório.

#### 4 CONCLUSÃO

Não vêm de hoje as seguidas alterações legislativas no campo licitatório visando ao aperfeiçoamento do sistema de licitações no Brasil. Vejo com ressalvas a sanha reformadora que acomete nosso Congresso Nacional notadamente em matéria de licitações. Vivemos constantemente um momento de crise nas licitações, sempre em pauta quando falamos de desvios e malfeitos na Administração Pública.

A história nos ensina que, em um ambiente político e jurídico de crise, o risco de tomada de decisões radicais e apressadas, sem reflexão suficiente, aumenta, principalmente porque se aglomeram opiniões exacerbadas e paixões políticas de ocasião.

Nesse contexto, estamos assistindo a uma intensa movimentação no Congresso Nacional que tem resultado em uma multiplicidade de projetos de lei que alteram o regime jurídico das licitações da Administração Pública em geral. Para tanto, e não é demais repisar, a serenidade e o equilíbrio devem sempre vir à frente.

Certo é que não há um modelo ideal, perfeito, que eliminaria totalmente as chances de desvirtuamento do procedimento licitatório. Isso porque a experiência já demonstrou que o excessivo controle e rigidez das regras licitatórias não são suficientes para evitar desmandos. Assim, a flexibilidade passa a ser a tônica. Há, por exemplo, inúmeras peculiaridades das estatais que devem permitir a utilização flexível de procedimentos e regras licitatórias, pois não basta um regime único geral para as estatais.

É a isso que se pretendeu dar início aqui.

As diversas leis existentes no âmbito licitatório, desde a Lei Geral, passando pela Lei do Pregão, das Parcerias Públicos Privadas, a Lei do RDC, se não são imunes a críticas<sup>87</sup> - e é bom que não o sejam, até para que possam sempre ser aprimoradas - formam, hoje, um sistema licitatório complexo, como pudemos expor, ao menos brevemente, neste artigo, a partir da demonstração de alguns institutos relevantes. Por isso, vemos com bons olhos a aplicação de um modelo flexível de licitações, dada a grande compatibilidade entre os regimes, considerando ainda que diversos institutos já são expressamente compartilhados por diversos regimes.

Observemos, também, que o abandono total e imediato de uma lei de licitação em prol de outra, ainda que mais nova, pode significar um rompimento brusco e indesejável das expectativas legítimas dos licitantes já há muito acostumados a se submeterem ao procedimento tal, o que poderia acarretar grave insegurança jurídica ao ambiente concorrencial brasileiro e afastar eventuais pretendentes.

<sup>86</sup> TC 004.877/2014-4, Acórdão 1541-21/14-P. Min. Rel. Benjamin Zymler, j. em 11/06/2014.

<sup>87</sup> Carlos Ari Sundfeld e Mario G. Sapiro, com a sapiência que lhes é peculiar, ponderaram logo no primeiro ano de criação do novo regime do RDC: "Enfim, o RDC é imune a riscos e blindado contra a corrupção? Não. Mas a aposta em uma lei menos formalista não parece ser uma aventura. As suas inovações decorrem de boas experiências da administração pública e também das más experiências proporcionadas pela Lei 8666/93. A atual configuração das contratações públicas não é satisfatória. Bem por isso, projetos piloto como RDC são bem-vindos." (SUNDFELD, Carlos Ari e SAPIRO, Mario Gomes. Oportunidade para uma necessária reforma da Lei 8666/93: Uma Copa para uma nova licitação. In: *Jornal Valor Econômico*, 27 de outubro de 2011).

O que sugerimos, portanto, é um ponto de equilíbrio.

Não haverá necessidade imediata de substituição da Lei Geral de Licitações, nem mesmo de qualquer outro regime licitatório e partirmos da ideia da existência de um microsistema, conceito já consagrado no meio jurídico, agora estendido ao sistema das licitações.

Conforme argumentamos ao longo deste estudo, se há uma mesma razão de direito por trás de todos os diplomas licitatórios (busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública em um ambiente concorrencial isonômico), podemos aplicar indistintamente os diversos diplomas legislativos que tratem de licitações a todas as situações que demandem a utilização de instituto mais apropriado para determinada situação.

Citamos alguns exemplos em que essa situação é juridicamente possível, como no caso de aquisição de bens pela marca, utilização de orçamento sigiloso, permissão de lances intermediários e restrição de termos aditivos.

Diante dessa possibilidade, poderíamos alcançar de modo mais concreto a economicidade e eficiência tão desejadas para uma estatal exploradora de atividade econômica como a Petrobras. As reformas legislativas que se avolumam no Congresso Nacional são legítimas. No entanto, surgem em um contexto de crise, e podem estar tomadas de paixões políticas despreocupadas com um projeto futuro sério do país. Por tudo isso é que se afigura mais razoável e consentâneo com um período de transição a utilização da teoria dos microsistemas jurídicos no âmbito das licitações para permitir, no caso concreto, a possibilidade de aplicação, de forma intercambiável, dos institutos dos diversos diplomas licitatórios no país.

## ABSTRACT

Over the last 25 years, several law degrees have regulated a number of public bidding procedures in Brazil in order to find the most advantageous proposal for the Public Administration. However, such regulations have not always been effective in this regard. In this way, the public bidding legislation's evolution in Brazil allows us to reflect upon the formation of a legal microsystem based on the idea that there are not a single bidding law degrees bringing together all the most efficient institutes, not even the most modern ones; They are all scattered throughout the legal system. If those law degrees are analyzed globally, we will be able to conceive the existence of a single bid system, or microsystem, inspired by the constitutional principles that rule the public bidding procedures. Considering the advent of the new bidding procedures arising from various law degrees, increasingly interchangeable with each other, we propose the application of the Brazilian Legal Public Bidding's microsystem Theory in order to allow the use of such institutes to any object and entity within the Direct and Indirect Public Administration, regardless their topographical position in the legal system, as long as its previously defined in the convocation instrument which procedure is the most appropriate in each public bidding process, case in which the use of each institute in each circumstance will be optimized, always aiming for a greater economic activities' development in the country.

**Keywords:** Public bidding's microsystem. Flexible model.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luís Raul. Ampliação do RDC é um avanço necessário nas contratações. **Consultor Jurídico**, 13 maio 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-13/luis-andrade-ampliacao-rdc-avanco-necessario-contratacoes>>. Acesso em 27 set. 2014.

ÁVILA, Márcio Ladeira. O Microsistema das Normas Antielisivas do Direito Tributário Internacional. **Rev. Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte. Ano 13, n. 74. mar./abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 2.745**, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2745.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.581**, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.248**, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8248.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8248.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm)>. Acesso em: Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.4.655**. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1496027>>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 6200-2015**, Plenário, ata 10/2015. TC 011.796/2011-1. 25 de março de 2015. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, DF 2015a. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A600%20ANOACORDAO%3A2015/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A600%20ANOACORDAO%3A2015/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1)>.

Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 621-2015**, Plenário, ata 10/2015. TC 007.315/2011-2. 25 de março de 2015. Relator: Vital do Rêgo. Brasília, 2015b. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A621%20RELATOR%3A%22VITAL%20DO%20R%20C%3%8AGO%22/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A621%20RELATOR%3A%22VITAL%20DO%20R%20C%3%8AGO%22/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 1167-1/14-P**, Plenário, ata 15/2014. TC 029.394/2013-9. 7 de maio de 2014. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 2014a. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=497717>>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 1541-21/14-P**, Plenário, ata 21/2014. TC 004.877/2014-4. 11 de junho de 2014. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 2014. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1541%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 1854/2009**, Segunda Câmara, ata 11/2009. TC- 017.810/2006-5. 14 de abril de 2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A1854%20ANOACORDAO%3A2009/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/3](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A1854%20ANOACORDAO%3A2009/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/3)>.

Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 4705/2015**, Segunda Câmara, ata 25/2015. TC 024.062.2006-8. 28 de julho de 2015. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 2015c. Disponível em:

<[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A4705%20ANOACORDAO%3A2015/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/2](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A4705%20ANOACORDAO%3A2015/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/2)>.

Acesso em: 30 maio 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Salvador: Editora Juspodvm, 2007. 4 v.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, 2011.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inconstitucionalidade do Artigo 67 da Lei nº 9478/97: Ilegalidade do Decreto nº 2745/98 em face da Lei nº 8666/93: Parecer**. Advocacia Gandra Martins. São Paulo, 2002. Disponível em: <[http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2014/08/19/43b4c6c051802\\_public\\_1.doc](http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2014/08/19/43b4c6c051802_public_1.doc)>. Acesso em: 15 maio 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Rev. dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 23-38, jan. 2004.

MATUQUE, Juliana Medina. Primeiras diretrizes sobre o regime licitatório e de contratação da Lei n. 13.303/2016. **Rev. de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 113-137, set./fev. 2017.

MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPodivm, 2009.

O QUE é administração para resultados? **Portal Administração: tudo sobre administração**. Disponível em: <<http://www.portal-administracao.com/2014/06/o-que-e-administracao-para-resultados.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

RIBEIRO, Bruno Servello. A nova era dos microsistemas jurídicos. **Âmbito Jurídico**, ago. 2012. Disponível em: <[http://www.ambitoJuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12138](http://www.ambitoJuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12138)>. Acesso em: 19 jan. 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto n. 7581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: levando a natureza empresarial a sério. **Rev. de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 24, dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42118>>. Acesso em: 09 out. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SAPIRO, Mario Gomes. Oportunidade para uma necessária reforma da Lei 8666/93: uma Copa para uma nova licitação. In: **Jornal Valor Econômico**, 27 de outubro de 2011.

#### **Philippe de Oliveira Nader**

Graduação (2007) em Direito pela PUC-RIO. Pós-Graduação lato sensu (2009) em Direito Processual Civil pela PUC-RIO. Pós-Graduação lato sensu (2015) em Direito Empresarial pelo IBMEC-RIO. Mestrado (em curso) em Direito pelo UniCeub-DF. Petrobras. JURÍDICO/GG-MAT/JTS/DTRAB - Brasília, DF - E-mail: philippenader@petrobras.com.br.