

# MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)

**Tatiana Camarão**

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Assessora Técnica Especializada da Presidência do TJMG. Diretora Secretária do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Professora de Direito Administrativo. (Instagram: @tatiana\_camarao).

## 1. INTRODUÇÃO

Foi editada, no dia 6 de maio de 2020, a Medida Provisória nº 961, a qual contém alterações relevantes nos processos de contratações públicas e se aplica à administração pública de todos os entes federativos, de todos os poderes e órgãos constitucionalmente autônomos.

O referido normativo autoriza o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos administrativos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), disposto na Lei nº 12.462/11, durante o estado de calamidade pública decorrente do COVID-19, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Este artigo se propõe a tratar das vantagens da adoção do RDC nas contratações públicas neste período que demanda respostas rápidas e assertivas do Poder Público.

Antes, porém, é importante registrar as possíveis razões para estender a adoção desse regime neste momento pandêmico.

## 2. O CONTEXTO DA PANDEMIA E SUA DESCONEXÃO COM A LEI Nº 8.666/1993

É conhecido que a Lei nº 8.666/93, norma geral que regula as contratações públicas no Brasil, foi concebida em momento histórico de muita turbulência interna<sup>1</sup>, em decorrência de denúncias de corrupção. Com o objetivo

---

<sup>1</sup> O ano de 1992 foi marcado por denúncias de corrupção política, tráfico de influência e fraudes nas licitações públicas, envolvendo o presidente Fernando Collor de Mello e Paulo César Farias, que levou a instauração de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), que concluiu, no relatório final, que o presidente agira contra a honra e o decoro e recomendou o processo de impeachment. Em 29 de dezembro de 1992, Collor de Mello renunciou ao cargo.

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

de combater esse grande mal e moralizar as ações governamentais nesta área, foi elaborada uma legislação burocrática, apegada a ritos, prestigiando o formalismo em detrimento de quaisquer bons resultados. Contudo, os procedimentos estabelecidos diagnosticaram-se morosos, não alcançando a qualidade esperada, nem possibilitando a assunção da finalidade desejada naquele momento de minimizar as fraudes no processo licitatório. Pelo contrário, a experiência demonstrou que a referida norma veio a engessar as contratações públicas, visto que a Lei Geral de Licitações prevê procedimentos rígidos compostos por uma série de atos que, se não observados, importarão na ilegalidade da contratação.

Em face disto, tornou-se absolutamente necessário alterar a Lei Geral de Licitações com o implemento de procedimentos que viessem a ser mais eficazes e rápidos na promoção das licitações públicas. De pronto, pode-se citar a adoção do chamado Pregão, previsto na Lei 10.520/2002, modalidade licitatória que se inscreve como um dos principais instrumentos para efetivar-se o propósito de eficiência e celeridade. Notadamente, o Pregão permitiu que as contratações ocorressem de forma mais breve, em decorrência da inversão de fases, unicidade de recursos e prazos menores. Ademais, por meio deste procedimento, foi possível obter-se preços melhores para a Administração Pública, dada a criação do momento de lances na fase do julgamento de propostas. Com efeito, essa modalidade licitatória, que passou a ser referência em todas as licitações em âmbito federal, estadual e, até mesmo, municipal, foi direcionada apenas para a contratação de bens e serviços comuns, vindo a deixar de fora as contratações de serviços não comuns e de obras<sup>2</sup>.

Pelo exposto, o Pregão acabou por minimizar parte do problema, haja vista as obras públicas permanecerem, ainda, sob a égide da Lei Geral de Licitações, que tece uma série de exigências preliminares para a contratação destes serviços, quais sejam: projeto básico; planilha que expresse custos unitários; e a observância de um elenco de requisitos, tais como segurança, impacto ambiental, dentre outros. De toda forma, como é público e notório, não

---

<sup>2</sup> O TCU, por meio da Súmula 257/2010, afirmou entendimento no sentido de que "o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002".

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

há, na maior parte das vezes, o envolvimento de profissionais com a habilitação necessária para a produção desses documentos ou, quando presentes, estes não têm a preocupação em construir essas informações, considerando-se tanto as questões técnicas quanto o interesse público. É mais ou menos o “fazer por fazer”. E, não fosse bastante a frustração acima parametrizada, a contratação de obras, segundo a Lei Geral de Licitações, ainda deve atentar para procedimentos que acabam por imputar uma profunda morosidade e que se caracterizam por uma imensa complexidade, contrariando todos os princípios basilares de uma gestão moderna e eficiente.

Ante todos os comprometimentos encimados e face à necessidade de dar maior dinamicidade às contratações neste momento atípico de pandemia, foram autorizados aos órgãos e entidades públicas utilizarem a Lei nº 12.462/11 - RDC nas suas contratações. Por óbvio, a MP não revogou a Lei nº 8.666/93, que se mantém obrigatória para matérias que não foram, por aquela, abrangidas, tais como contratos, inexigibilidade e dispensa, sanções administrativas e crimes.

Vale lembrar que o RDC foi aprovado para atender a outro período emergencial, no qual o Brasil se via à frente do desafio de sediar a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016. Em seguida encampou outros objetos que se encontram descritos no art. 1º da Lei nº 12.462/11, e permanecem regidos por este diploma.

Outrossim, importa assinalar que a adoção ampla do RDC, previsto na MP, tem prazo vinculado ao período de declaração do estado de calamidade pública reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Além disso, recomenda-se que seja prestigiado pelos órgãos e entidades públicas neste momento de pandemia, dado sua característica de proporcionar celeridade e resultados mais vantajosos, mitigando os impactos da crise com as restrições fiscais.

Cabe tecer, a propósito, algumas considerações desse regime diferenciado, as quais impactam de forma positiva as contratações públicas.

### **3. AS VANTAGENS NA ADOÇÃO DO RDC NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

É interessante notar que o RDC, ao contrário da Lei Geral de Licitações, volta-se para a aferição de resultados e se preocupa com um dos momentos mais importantes da licitação, que é a fase de deflagração do processo licitatório, sempre esquecida ou relegada a segundo plano.

De início, cabe ressaltar que esse regime tem maior foco nos aspectos licitatórios, com menor dimensão afeta às diretrizes contratuais. Tanto que, em seu art. 39, ficou estabelecido que “os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”. Nesse sentido, interessante a observação de SARIAN e JARDIM de que “a Lei nº 12.462/2011 está mais para RDL (Regime Diferenciado de Licitações) do que para RDC (Regime Diferenciado de Contratações) pela grande quantidade de inovações trazidas para a fase licitatória em relação à contratual”<sup>3</sup>.

O regime em análise enfatiza, quando da descrição do objeto, procedimentos, tais como: padronização (art. 4º), pré-qualificação de bens (art. 30) e exigência de amostras (art. 7º, II). Ainda permitiu a indicação de marca/modelo (art. 7º, I) por meio de justificativa técnica ou como parâmetro qualitativo, desde que acompanhada da expressão “similar”, “equivalente” ou “de melhor qualidade”, refletindo entendimento sedimentado do Tribunal de Contas da União<sup>4</sup>. Ressalta, de forma contundente, a importância da observação do propósito da sustentabilidade (art. 10), mas não como fator estanque e sim dinâmico, já que a descrição do objeto deve ser pensada do berço ao túmulo, ou seja, da sua fabricação ao descarte.

Ainda com relação à qualidade do bem que se pretende adquirir, o RDC prevê que é possível solicitar certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada (art. 7º, III). É certo que a exigência da certificação deve ser exigida quando for essencial para a

---

<sup>3</sup> RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais / Cláudio Sarian Altounian ; Rafael Jardim Cavalcante ; prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 2. ed. rev. ampl. – Belo Horizonte : Fórum, 2014.

<sup>4</sup> Acórdão nº 887/10 – Segunda Câmara. Rel. Min. José Jorge. DOU, 12 mar. 2010; Acórdão nº 1.437/04 – 1ª Câmara. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. DOU, 15 jun. 2004; Acórdão nº 3.796/07 – Primeira Câmara. Rel. Min. Valmir Campelo. DOU, 05. dez. 2007; TCU, Acórdão nº 2.300/04, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz. DOU, 05 nov. 2007.

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

demonstração da excelência do bem ou processo de fabricação. Por outro lado, ela impacta diretamente no caráter competitivo próprio do processo licitatório, visto que limita o número de interessados no certame, e no preço do objeto licitado, pois seu valor será incluído no custo final.

Com o mesmo propósito de assegurar a qualidade na contratação, o RDC, desde que haja motivação para tal, permite que seja solicitada a carta de solidariedade emitida pelo fabricante (art. 7º, IV) e que assegura capacidade de execução do contrato por parte do licitante revendedor ou distribuidor.

No que concerne à fase externa da licitação, temos as seguintes especificidades a seguir pontuadas.

O RDC mantém as formas de execução indireta (empreitada por preço unitário, global e integral), previstas na Lei Geral de Licitações, mas traz como diferencial um novo regime de execução: a contratação integrada (art.8º, V c/c art. 9º). De todo modo, esse regime somente pode ser adotado em três hipóteses específicas previstas na própria lei: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Com isso, transfere-se a responsabilidade da produção do projeto básico e executivo, uma das fases de maior vulnerabilidade das licitações, para a contratada. Prosseguindo, estabelece como responsabilidade da Administração a elaboração do anteprojeto de engenharia, em conformidade com a ideia macro do que se pretende contratar, e que servirá para a precificação do empreendimento. Independente do resultado final dos preços, fica totalmente a cargo do contratado o risco da execução, as consequências por erros quanto aos prazos e a revisão de valores, se necessária.

Como dito, este instituto, que se acopla à miríade de procedimentos disponíveis, atribui ao contratado a responsabilidade por todo o empreendimento, inclusive pela produção do projeto básico. A questão que aqui se coloca é saber se há profissionais com a expertise necessária tanto para a elaboração do referido anteprojeto de engenharia, o qual deve conter todos os elementos técnicos para a caracterização da obra ou serviço, bem como para dimensionar o valor da contratação com o tratamento estatístico que um levantamento de custos deve sofrer.

Vale destacar que é substrato da contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada a elaboração de matriz de risco<sup>5</sup>, sendo este um dos principais desafios para os órgãos públicos que pretenderem adotar tal alternativa<sup>6</sup>.

Assim, da forma como está posto esse regime de contratação, recomenda-se cautela na sua escolha e máximo rigor na fiscalização por parte dos órgãos de controle.

O RDC prevê, ainda, a inversão das fases da licitação (art. 12 - antes de tudo o mais, o julgamento da proposta; depois, a análise de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar) e a unicidade de recurso (art. 27), peculiaridades exitosas do Pregão, sendo permitido, também, o uso do procedimento comum face à justificativa da autoridade competente.

Na sequência, nota-se que no RDC os procedimentos a serem adotados se diferenciam daqueles realizados nas licitações tradicionais, haja vista que o modo de apresentação da proposta e dos lances pode ser aberto ou fechado (art. 16). No modo de disputa aberto, os licitantes apresentam sua proposta e lhes é dada a prerrogativa de dar lances diminuindo o preço ofertado. Já no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes são sigilosas e divulgadas em sessão pública, com horário e data marcados. Não há etapa de lances, mas tem-se a possibilidade da combinação dos dois modos de disputa, aberto e fechado. Também é aceito pelo RDC a previsão de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10), com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital e contratos, permitindo que o contratado incremente sua remuneração caso obtenha vantagem para a Administração Pública. Esse procedimento já é previsto no regulamento da PPP - Lei nº 11.070/06.

---

<sup>5</sup> TCU, Acórdão nº 508/2018 – Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.

<sup>6</sup> A Lei nº 12462/11 prevê no art.9º, §4º, inciso I, que é possível a celebração de termos aditivos no caso de "recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior". Como sabemos, a definição desses dois institutos é discricionária, por se tratar de conceito jurídico indeterminado que deixa uma margem de liberdade para o gestor público e contratado.

Percebe-se, considerando a complexidade desta modulação de pagamento, que algumas medidas devem ser adotadas. Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e o saudoso Carlos Pinto Coelho Motta<sup>7</sup>, comentando acerca das precauções a serem observadas, se manifestaram:

“Avaliação na gestão contratual, como se sabe, é área de difícil implantação e aferição, requerendo um tratamento rigorosamente tecnicista, se realmente se deseja algum resultado confiável. Caso a Administração estabeleça metas temporais e quantitativas aplicáveis a produtos, passíveis de mensuração com certo nível de exatidão, as perspectivas serão mais favoráveis.

De qualquer forma, exige-se um elenco de parâmetros ou fatores de desempenho que devem ser estipulados em pequeno número e, respectivamente, definidos em redação clara, em termos tecnicamente observáveis. Para cada fator, deve ser estabelecida escala de pontuação, na qual cada um dos níveis ou graus é também definido através de fatos, ocorrência ou características técnicas imediata e empiricamente, sem deixar margem a julgamento objetivo. A elaboração de uma boa metodologia de avaliação pressupõe um confiável estudo prévio e meios eficazes de pesquisa”.

A previsão de sigilo do orçamento está prevista no RDC, como ocorre no Decreto nº 10.024/19 que trata do pregão eletrônico. Com efeito, mantêm-se a exceção quando o critério de julgamento for o de "maior desconto" ou "melhor técnica". Assim, de acordo com o dispositivo normativo (art. 6º), o orçamento prévio, decorrente das pesquisas realizadas na fase interna da licitação, em regra, só será divulgado após o encerramento do certame, assegurados aos órgãos de controle externo e interno, o acompanhamento e a consulta do documento de forma irrestrita e permanente.

Convém frisar que o RDC traz como critério de julgamento o menor preço e maior desconto (art. 18) atrelados à demonstração de menor dispêndio (art. 19), desde que atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório e considerados os custos indiretos relacionados às despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto

---

<sup>7</sup> Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/9011. 2ª ed. Belo Horizonte, 2014, pág.253-254.

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

ambiental, entre outros fatores, sempre que objetivamente mensuráveis e regulamentados.

Outro critério que se encontra no RDC, e não na Lei Geral de Licitações, é o de maior retorno econômico, utilizado, exclusivamente, para a celebração de contratos de eficiência, cujo objeto contempla a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Neste caso, o contratado é remunerado com base em percentual da economia gerada. Para a realidade atual impactada pelo COVID-19, esta talvez seja uma alternativa bastante adequada para ser adotada nas contratações públicas.

Com efeito, a Lei do RDC estabelece que este tipo de licitação destina-se a selecionar a proposta que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato, bem como as medidas que devem ser tomadas no caso em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência (art. 23, § 3º, I, II, III).

De acordo com Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante<sup>8</sup>: “Esse critério de julgamento é, sem dúvida alguma, o mais inovador. Parte do princípio de que é possível uma parceria real entre Administração e contratado por meio de um jogo em que todos ganham. Aliás, quanto mais o contratado ganhar, mais ganhará a contratante”.

É importante ressaltar, ainda, que o RDC permite que, definido o resultado do julgamento, a administração pública negocie condições mais vantajosas com o primeiro colocado (art.26). Essa negociação poderá ser feita com os demais licitantes, seguindo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado. Essa alternativa é excelente instrumento de aproveitamento do processo licitatório. Na mesma perspectiva, apontam Cláudio Sarian Altounian e Rafael

---

<sup>8</sup> RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais. 2ª ed., BH; Fórum, 2014, pag. 138.



**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

Jardim Cavalcante<sup>9</sup>: “se, após um procedimento licitatório demorado e custoso, não for encontrada proposta que se adapte aos limites fixados para contratação do objeto, nada mais razoável do que buscar encontrar um caminho de ajustes das propostas apresentadas, ao invés de repetir todo o procedimento”. É conhecido que, no caso da Lei Geral de Licitações, os contratos e propostas são fixas e inalteráveis na modalidade de concorrência, tomada de preços e convite, utilizadas, atualmente, principalmente para contratações de obras.

É importante, ainda, indicar como opção interessante para as contratações de serviço, exceto o de engenharia, a possibilidade de contratação de mais de uma empresa, desde que haja justificativa expressa e não se comprometa a economia de escala (art. 11). Essa prerrogativa poderá ser aplicada quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, ou na hipótese da múltipla execução se apresentar conveniente para atender à Administração Pública. Nestes casos, a Administração Pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.

Com relação à faculdade de se utilizar essa possibilidade de dispor de mais de um prestador de serviço, cumpre registrar que se trata de opção relevante para evitar a descontinuidade da prestação do serviço, fato que não é incomum na execução contratual.

Nota-se que o RDC introduz outras mudanças de ordem operacional. A propósito, pode-se citar a redução do prazo de publicidade dos procedimentos licitatórios, os quais ficaram assim disciplinados:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

---

<sup>9</sup> RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais. 2ª ed., BH; Fórum, 2014, pag. 220.

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

b) 10 (dez) dias úteis nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações nas quais se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações nas quais se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

Com relação à publicação, o RDC ainda prevê sua dispensa para os casos de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia.

Caso ocorram modificações no instrumento convocatório, o prazo de republicação é mais enxuto, como por exemplo de 15 dias para contratação de obras, ou seja, muito menor do que consta na Lei Geral de Licitações.

No que diz respeito ao veículo de divulgação, é prevista a publicidade no Diário Oficial e internet (art. 15, § 1º, incisos I e II), não havendo necessidade de publicação em jornal de grande circulação. Em momento de recursos escassos, toda economia é bem-vinda.

Não se pode deixar de pontuar, por fim, que, o RDC prevê no art. 41, para os casos de contratações de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual<sup>10</sup>, ser possível contratar o licitante, na ordem de classificação do certame que resultou na formalização do ajuste, nas condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

#### **4. CONCLUSÃO**

Em razão de todo o exposto, sem laivo de dúvida, o RDC apresenta diferenciais relevantes da Lei nº 8.666/93, de tal sorte que a MP 961 oferece a

---

<sup>10</sup> Esta previsão está relacionada com o art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/93.

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961: AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)**

Tatiana Camarão

possibilidade das licitações serem moduladas temporariamente com as vantagens que este diploma oferece<sup>11</sup>.

**As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:**

CAMARÃO; Tatiana. *Pandemia de Covid-19 e o Medida Provisória nº 961: As Vantagens da Adoção do Regime Diferenciado de Contratações (RDC)*.

Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: dd/mm/aaaa.

---

<sup>11</sup> Sobre o tema, recomendo consulta do Instagram do professor Cláudio Sarian: @claudiosarian.