



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERPRETAÇÕES E USOS DA *REQUEST FOR PROPOSAL* (RFP) PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE

Juliana dos Santos Gerivazo

Rio de Janeiro
2018

JULIANA DOS SANTOS GERIVAZO

INTERPRETAÇÕES E USOS DA *REQUEST FOR PROPOSAL* (RFP) PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

INTERPRETAÇÕES E USOS DA *REQUEST FOR PROPOSAL* (RFP) PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE

Juliana dos Santos Gerivazo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – as necessidades da Administração Pública se apresentam de forma complexa e, por isso, nem sempre os procedimentos regulamentados na lei de licitações servem para atender de forma eficaz a demanda. Da falta de previsão para realizar a melhor escolha nasce o uso da Solicitação de Oferta, ou *Requesto for Proposal* (RFP), pela Administração. A essência do trabalho é abordar o uso desse instrumento eminentemente privado pelo Poder Público, sua legalidade e como o Tribunal de Contas da União o admite.

Palavra-chave – Direito Administrativo. Licitação. Dispensa de Licitação. Pesquisa de Mercado. Solicitação de Proposta. *Request for Proposal*.

Sumário – Introdução. 1. 1. Legalidade da *request for proposal*. 2. Utilização da RFP e sua admissão pelo Tribunal de Contas da União 3. Uso da RFP como fase anterior para procedimento licitatório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa à análise das interpretações e legalidade do uso da *Request for Proposal* pela Administração Pública, dentro do contexto em que o direito público adstringe-se à lei e utiliza um instrumento do direito privado, comumente usado no âmbito comercial, para se valer das escolhas nas suas contratações.

Para tanto, os entendimentos do Tribunal de Contas da União a respeito do tema serão abordados para discutir a legalidade do uso da *Request for Proposal* (RFP), ou Solicitação de Proposta em livre tradução, frente a falta de regulamentação legal para o uso em órgãos públicos.

Os princípios norteadores do Direito Administrativo e Constitucional determinam que o Administrador está adstrito aos limites da lei. Contudo, como justificar o uso de um instrumento privado para a escolha de um contratado que sequer possui regulamentação ou forma pré-estabelecida? Nesse papel em branco, a Administração, acostumada a trabalhar com bases legais bem definidas e atos delimitados, encontra-se desamparada para elaborar um documento como a RFP, pois os princípios que devem ser utilizados e quais devem ser afastados ficam em um limbo. E a resposta é encontrada por vezes extraindo-se do entendimento das decisões do TCU, em casos em que ele analisou processos de dispensa de licitação nos quais

utilizou-se a solicitação de proposta.

O tema é de raso material doutrinário, encontrando melhor amparo na jurisprudência dos Tribunais de Contas, mais especificamente no da União. Mas merece atenção em virtude dos objetos de grande importância para o país, pois as Solicitações de Proposta analisadas envolvem segurança nacional e altos valores para justificar a utilização desse instrumento.

Para melhor compreensão do tema, busca-se elucidar a utilização da Solicitação de Proposta pela Administração Pública e a confusão que é feita com o procedimento licitatório. Se ela é bem utilizada, servindo-se como um mecanismo de melhor escolha ou uma simples desvirtuação do uso do procedimento licitatório.

Nessa linha, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a falta de regulamentação legal para a RFP e sua utilização pela a Administração Pública.

O segundo capítulo irá abordar a efetividade da utilização da RFP pela Administração Pública e como o TCU admite a sua aplicação ante a ausência normativa apontada no capítulo primeiro.

O terceiro capítulo da pesquisa abordará a utilização da RFP tendo como parâmetro o procedimento licitatório. Uma vez que a administração utiliza-se da licitação há décadas para realizar suas contratações, quando precisa recorrer a mecanismos privados e que não encontram relação com o padrão das minutas de editais e contratos disponibilizadas nos *sites* da Advocacia Geral da União (AGU) ou Procuradorias do Estado (PGE), acaba por realizar RFP que mais parecem editais de licitação. E, da análise de tais minutas verifica-se o uso distorcido de princípios do direito administrativo que não se coadunam com o uso da RFP.

A abordagem da pesquisa jurídica necessariamente qualitativa, considerando que a pesquisadora pretende se valer da jurisprudência pertinente ao tema em foco, para sustentar a tese.

1. LEGALIDADE DA REQUEST FOR PROPOSAL

A Administração Pública exerce atividade complexa a fim de atender ao interesse público. E, para alcançá-lo, vale-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, quando necessita firmar contratos para realizar obras, prestar serviços, fornecer bens dentre outros.

A Constituição Federal¹, em seu art. 37, inciso XXI, determina que as obras, serviços,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 31 maio. 2018.

compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Logo todo contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de licitação.

Objetivando a igualdade de condições aos concorrentes, bem como a seleção da melhor proposta, a Administração vale-se da licitação, que segundo Carvalho Filho² é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Outra definição de licitação que merece destaque por trazer em seu bojo a necessidade dos critérios objetivos é a do professor Marçal Justen³:

licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico com a observância de todos os requisitos legais exigidos.

Das definições trazidas pelos doutrinadores, verifica-se que o procedimento administrativo precisa de critérios objetivos e predeterminados a fim de garantir a isonomia entre os interessados no oferecimento das propostas.

Ocorre que a licitação nem sempre traduz o melhor método para determinadas aquisições, como em casos de projetos complexos. Daí o administrador recorre às práticas mercantis para sanar lacunas legislativas de instrumentos hábeis a atendê-lo.

Um desses instrumentos que vêm sendo utilizados pela Administração Pública é a *Request for Proposal* (RFP).

Inicialmente, cumpre delimitar a definição de RFP a fim de que não seja confundida com os demais instrumentos mercantis existentes tais como a RFI (*request for information*) e a RFQ (*request for quotation*).

Em tradução livre, *request for proposal* significa “solicitação de proposta”. Normalmente é utilizada quando quando a empresa verifica que tem um problema, mas não sabe como resolvê-lo, pois precisa de um orçamento que leva em conta diversos cenários e a necessidade de diversos serviços prestados por várias empresas para sua consecução.

²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág 248.

³JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág 15.

Através do orçamento tradicional não é possível mensurar todas as etapas envolvidas no seu desenvolvimento e processo de aquisição.⁴ Desta forma observa-se que a RFP é apresentada no início do ciclo de aquisições, seja no estudo preliminar ou na etapa de aquisição.

É um documento que deve conter todas as informações possíveis para que os fornecedores possam oferecer a melhor proposta para o solicitante, tais como o que a empresa está procurando adquirir, as especificações do que se pretende comprar – podendo neste caso se incorporar ao documento a análise de requisitos, garantir que os fornecedores respondam de fato aos requisitos identificados.

A maior vantagem na sua utilização é o recebimento de várias propostas de fornecedores, o que auxilia no processo de decisão que se realiza a partir de uma metodologia de pontuações e negociações comerciais. Em geral, espera-se seguir um procedimento estruturado de avaliação e seleção, para que se possa demonstrar imparcialidade - um fator crucial nas aquisições do setor público.

Normalmente a RFP envolve mais que uma solicitação para o preço, como um simples orçamento. Ela pode incluir informações sobre a capacidade técnica - usada em grandes aquisições de serviços, onde o item não tenha sido previamente feito ou onde o requisito possa ser atendido por variados meios técnicos – informações sobre produtos, como disponibilidade de estoque e período para conclusão estimado e referência sobre clientes que podem ser verificadas para determinar a adequação de uma empresa.

Quanto mais detalhadas as especificações, maiores as chances de que a proposta seja precisa. Em geral, são enviadas para uma lista de fornecedores ou fornecedores aprovados.

Passada a rápida análise do que é a RFP, verifica-se que tal modalidade de aquisição não guarda relação com a licitação prevista na Lei nº 8.666/93. Inicialmente, a RFP não possui regramento legal, enquanto esta possui previsão constitucional. Afinal, prevê o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 19/1998, competir privativamente à União Federal legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”⁵.

⁴ HUMBOLDT STATE UNIVERSITY. *Information technology service*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150721145920/http://www2.humboldt.edu/its/node/1633>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

⁵ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

O Tribunal de Contas da União⁶ já se deparou com processos em que a metodologia da Solicitação de Proposta fora utilizada as subcontratações realizadas pelo Consórcio que realiza as atividades desenvolvidas no âmbito do Sisfron (Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras).

Na oportunidade, o TCU limitou-se a verificar que o uso dessa sistemática não exclui a necessidade de o gestor avaliar a capacidade técnica das subcontratadas, inclusive das empresas integrantes do consórcio, para certificar-se de que não houvesse a contratação de empresas inabilitadas técnica ou financeiramente. Ou seja, não houve uma análise quanto a legalidade ou não do uso da RFP no processo, mas apenas a verificação da conduta dos gestores a fim de afastar problemas na execução do projeto.

O TCU trata a RFP como uma “consulta direta ao fornecedor”, ou seja, uma fonte de informação para obtenção de dados sobre preços e informações técnicas nas contratações públicas. O Administrator quando necessitar analisar o mercado visando obter dados sobre preços para as suas contratações pode-se utilizar da RFP.

Contudo, a RFP se propõe a muito mais que simplesmente obter dados sobre preços, por mais complexo que possa ser o projeto/serviço. Nos casos analisados do TCU, a RFP fora utilizada como um subprojeto de um projeto maior.

A RFP não se confunde com um edital de licitação. Enquanto o edital se caracteriza como o ato pelo qual a Administração divulga as regras a serem aplicadas em determinado procedimento de licitação – tendo natureza jurídica complexa, uma vez que tem tanto função divulgatória quanto normativa além de possuir previsão legal no art.40 da Lei 8.666/93⁷, a RFP não possui forma e nem requisito mínimos definidos, a RFP precisa, em linhas gerais, fornecer informações e detalhes de viabilizar que os fornecedores ofereçam a melhor proposta.

Por ser utilizada em grandes projetos, a RFP prevê processo para receber perguntas e disponibilizar respostas, técnicas para tratar as propostas alternativas e os requisitos mínimos para que as propostas atendam aos padrões necessários à consecução do projeto, abrangendo, não só o preço, mas as áreas técnicas, logísticas, industrial, offset e comercial que o envolvem.

Desta forma, não obstante a falta de regulamentação, a RFP deve incluir informações definidas até então no termo de referência ou no projeto básico, uma vez que essas informações

⁶ Idem. Tribunal de Contas da União. *TC n° 025.650/2014-9*. Relator Marcos Bemquerer Costa. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/request%2520adj2%2520proposal/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁷ Idem. _____ *Lei n°8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 31 mai. 2018

afetam a percepção de risco das empresas, que por sua vez influênciam nos preços oferecidos por elas.

Para o Tribunal de Contas não há questionamento quanto à legalidade da RFP. Mesmo que não haja base normativa que preveja sua utilização, não foi encontrado nenhum julgado no sentido de combater ou questionar o seu uso. Quando não confundida, ou erroneamente chamada, de uma modalidade de licitação, como o convite⁸, por exemplo, o Tribunal limitou-se a determinar a realização de condutas aos gestores dos projetos visando o melhor aperfeiçoamento do uso do mecanismo em análise, bem como manter a boa gestão na aquisição de bens públicos.

2. UTILIZAÇÃO DA RFP E SUA ADMISSÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Realizada a devida pesquisa jurisprudencial, verifica-se que a RFP é utilizada pela Administração Pública em um processo de dispensa de licitação. Desta forma, necessário contextualizar sua aplicação para melhor entender sua aplicação pelos órgãos públicos.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI⁹, determina que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

De acordo com a Norma Constitucional, a aquisição de bens e serviços pela administração pública deve ocorrer, em regra geral, através de processo licitatório, regulamentado por legislação infraconstitucional que especificará suas ressalvas e exceções.

Com efeito, a regulamentação do artigo 37 da Constituição Federal se deu através da Lei nº 8.666/93 que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”¹⁰.

⁸Idem. Tribunal de Contas. *Acórdão 3359/2013* – Plenário. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=15764&p2=2003&p3=7>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁹ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁰ Idem. *Lei nº 8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> . Acesso em: 10 mar. 2018

A licitação é um procedimento prévio de seleção através do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato, tendo como intuito permitir que se ofereçam propostas e que seja escolhida a mais interessante e vantajosa para o interesse público, impondo regras de controle que devem ser respeitadas pelo gestor.

A Constituição entendeu que a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação para a Administração. Mas ela própria se encarregou de limitar tal presunção, facultando a contratação direta nos casos previstos em lei.

O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Entretanto, permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes. Nesse quadro, o art. 24, da Lei nº 8.666/93¹¹, afirma ser dispensável o procedimento licitatório para o fornecimento de bens e serviços ali enumerados.

Verifica-se, pois, que a previsão legal de dispensa não elimina dois postulados consagrados, a primeira é a existência de um procedimento administrativo e o segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.

A contratação direta, como assim é chamada as hipóteses em que a licitação é afastada, exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível, somente em casos excepcionalíssimos é que a Administração estaria autorizada a contratar sem a observância desses requisitos, como no caso de emergência tão grave que a mínima demora ensejaria pusesse em risco a satisfação dos valores perseguidos pela Administração.

Desse modo, para aplicação da dispensa de licitação, a lei¹² e a própria Constituição Federal trazem, em seu bojo, princípios e normas gerais aplicáveis à contratação que não são afastados com a dispensa da licitação, devendo ser observados mesmo em casos de contratação direta, dentre os quais se destacam: (I) Princípio da impessoalidade – pelo qual a administração não pode contratar em razão de características subjetivas do contratado, mas sim de forma impessoal; (II) Princípios da moralidade e da probidade – pelos quais a contratação deve se dar com honestidade, seriedade e boa-fé, não servindo para atender a interesses pessoais ou de

¹¹ Ibidem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> .Acesso em: 10 mar 2018.

¹² Ibidem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 mar 2018.

determinado grupo; (III) Princípio da publicidade – pelo qual se permite a qualquer interessado participar e fiscalizar a contratação. Sendo este princípio, neste caso, mitigado em razão da existência de informações sigilosas; (IV) Princípio da eficiência – pelo qual os atos administrativos e as contratações devem se dar da forma mais eficiente para a administração, sob o ponto de vista da gestão de recursos públicos; (V) Princípio da isonomia – pelo qual a todos os interessados devem ser garantidas igualdades de condições e de tratamento; e (VI) Princípio da supremacia do interesse público – pelo qual toda e qualquer contratação feita pela administração pública deverá atender ao interesse público, ou seja, deverá ser justificadamente a mais adequada e eficaz para toda a sociedade administrada.

Portanto, apesar da dispensa de realizar procedimento licitatório formal para as aquisições, devem ser atendidos e comprovados todos os princípios administrativos aplicáveis às contratações públicas.

Nesse cenário, como forma de garantir a lisura da contratação e a escolha de uma proposta mais vantajosa (técnica e comercialmente), que atenda de forma mais adequada ao interesse público, surge a figura da *Request for Proposal* – RFP ou “Pedido de Proposta”.

Trata-se, pois, de um instrumento não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, embora venha sendo “regulamentado” por meio de jurisprudências e orientações normativas emanadas pelos órgãos de controle externo da administração pública como o Tribunal de Contas da União, conforme já citado no capítulo anterior.

Nesse sentido, verifica-se que a RFP não é um instrumento jurídico - como seria um edital licitatório ou uma carta convite -, mas apenas um instrumento de cunho comercial e negocial, pelo qual se permite à administração pública conhecer a realidade de mercado daquele bem ou serviço que pretende adquirir, a fim de solucionar um problema.

A RFP é um procedimento preparatório inicial para posterior análise e negociação de propostas que resulta na contratação por dispensa de licitação.

Sua utilização se dá precipuamente no ambiente privado, mas, por vezes, também já foi utilizada pela Administração Pública.

Da análise da jurisprudência do TCU, verifica-se que, quando de forma simplificada para bens de simples definição - como os que visam a solução para operacionalização de central de informação¹³ - os órgãos públicos enviam uma solicitação de proposta por meio de correio eletrônico para a elaboração do mapa comparativo de preços.

¹³ Idem. Tribunal de Contas. *Processo n° 012.474/2013-4*. Acórdão 932/2017. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita>>

Ocorre que a RFP não se resume a uma simples pesquisa de preço. O instrumento pode ser usado para obter informações técnicas que por vezes o contratante não dispõe. É um documento formal e escrito, que detalha os produtos e serviços a serem obtidos dos fornecedores. Ele estabelece os requisitos específicos que os fornecedores precisam ter em mente ao responder à oferta e descreve como a empresa irá analisar e premiar as propostas recebidas. Apesar da elaboração de uma RFP ser um processo longo e demorado vale a pena a dedicação e empenho principalmente para contratos de fornecimento contínuo.

Por essa razão o Tribunal de Contas, quando da análise dos processos que se utilizaram desse instrumento, limitou-se a expedir determinações para que o gestor melhor atenda aos princípios que garantem a lisura da futura contratação.

3. USO DA RFP COMO FASE ANTERIOR PARA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A RFP, no âmbito privado, é normalmente utilizada autonomamente para obter a melhor proposta para uma aquisição ou serviço. Contudo, quando utilizada pela Administração Pública se torna uma fase no procedimento licitatório.

Importante destacar que, quando utilizada pela administração como um procedimento prévio de escolha para embasar uma futura dispensa de licitação, a RFP não gera para os proponentes qualquer expectativa de direito.

Como regra geral, todas as pessoas têm o direito de participar de uma licitação ou RFP promovida pela Administração Pública. Todavia, o direito de participar de um processo seletivo não confere ao particular o direito ou a capacidade de contratar com a Administração Pública.

Isto ocorre porque a Administração Pública tem a prerrogativa de exigir que o particular comprove sua idoneidade para a contratação; isto é, demonstrar que tem condições jurídicas, financeiras e técnicas de executar o objeto do contrato.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 estabelece, em seu art. 27, os requisitos de habilitação, ou seja, os documentos que devem ser apresentados e as condições que devem ser atendidas pelo particular interessado em contratar com a Administração Pública.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Cabe observar, no entanto, que esses são os requisitos estritos de habilitação previstos em lei, mas que a prática, a doutrina e a jurisprudência admitem que a Administração Pública possa estabelecer, no ato de convocação, outras condições de participação relacionadas ao objeto da contratação

As condições do direito de licitar podem ser classificadas como genéricas e específicas.

São genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta.

São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica. Cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado. Somente se admitem condições específicas que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. Como visto, o direito de licitar existirá quando o sujeito for titular dos requisitos para realizar satisfatoriamente as prestações do futuro e eventual contrato. Portanto, as ‘condições’ da licitação deverão ser fixadas tendo em conta o objeto da licitação.

(...)

Esse conjunto de exigências abrange os requisitos de habilitação, mas não se restringe a eles. Existem outras exigências previstas em lei e no ato convocatório que condicionam a admissibilidade da proposta de um licitante. Isso permite aludir a condições de participação em sentido amplo, gênero que abranje os requisitos de habilitação e as condições de participação em sentido restrito.¹⁴

“A titularidade das condições do direito de licitar é denominada, usualmente, de ‘habilitação’. No entanto, o vocabulário é também utilizado para indicar tanto a fase procedimental de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração.

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública.¹⁵

Todos em situação regular se encontram, em tese, em igualdade de condições perante a Administração para participarem do processo licitatório. Isso não impede a imposição de condições discriminatórias destinadas a assegurar que ela selecione o contratante idôneo, titular da proposta mais vantajosa. O direito de participar da licitação não se confunde com o direito de contratar com a Administração.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15 ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 454.

¹⁵ *Ibidem*. p. 453.

A titularidade das condições do direito de licitar é denominada de “habilitação”. No entanto, nas palavras do professor Marçal Justen¹⁶, o vocábulo também é utilizado para indicar tanto a fase procedimental de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração.

Essas condições podem ser genéricas como específicas. São genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente de uma situação concreta, como por exemplo a lista com os documentos referentes à regularidade fiscal e trabalhista contida no art. 29, da Lei nº 8.666/93. As específicas são aquelas fixadas pelo ato convocatórios, em função da contratação pretendida. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto pretendido.

Tratando-se de caso de dispensa de licitação, a Administração Pública tem maior discricionariedade, de modo que terá maior liberdade para fixar a regra da regularidade fiscal no instrumento de convocação, mas deverá fazê-lo de maneira justificada e não poderá criar exigências descabidas e/ou não relacionadas com o objeto da contratação.

Na hipótese de contratação direta, mediante processo de dispensa de licitação, a Administração Pública não fica desobrigada de verificar o preenchimento das condições de habilitação pela contratada. Nesse sentido:

3.5) As situações de contratação direta

Ressalte-se que o dispositivo silenciou sobre as hipóteses de contratação direta, o que permite induzir que a dispensa ou inexigibilidade não eliminará o dever de verificação dos requisitos de habilitação, ressalvadas as hipóteses enquadradas nos incs. I e II do art. 24. Uma ilação inafastável é a de que a contratação direta não importa, de modo mecânico, a dispensa de comprovação dos requisitos de habilitação. Ou seja, os mesmos fundamentos que impõem a verificação da idoneidade daquele que participa de uma licitação também se aplicam no caso de contratação direta.¹⁷

Igual atenção deve ser dada ao fato de que a Administração Pública tem a prerrogativa de solicitar informações adicionais ou mesmo determinar a realização de diligências a fim de verificar, se tiver dúvida, quanto a qualquer documento de habilitação fornecido pelos particulares. Nesse sentido:

A Administração pode promover diligências para comprovar a veracidade das informações prestadas pelo interessado e esclarecer dúvidas. Assim, a autenticação do documento não impede que a Administração conclua pela falsidade (material ou ideológica) do documento, desde que a tanto induzam os esclarecimentos efetivados. A autenticação não constitui, portanto, prova absoluta.¹⁸

¹⁶ Idem. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535

¹⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., 2012, p. 558.

¹⁸ Ibidem. p 556.

A RFP pode ser composta tanto por disposições de natureza técnica quanto de natureza jurídica. Em que pese a Administração ter a possibilidade de requisitar informações que julgar necessárias a qualquer tempo, o ideal é que a RFP traga a maior quantidade de informações técnicas possíveis para que os proponentes possam formular duas ofertas.

Com o objetivo de possibilitar o desenvolvimento de mecanismos que confirmem maior efetividade à realização de pesquisa de mercado e orientar a dispensa de contratação a Administração se serve da solicitação de proposta.

Vale destacar que a RFP é utilizada pela Administração enquanto uma pesquisa de mercado, para obter informações das mais variadas, tais como: interesse do mercado em executar determinado projeto, obter informações técnicas as quais ultrapassam seu campo de atuação ou mesmo o valor para executar determinadas empreitadas. Sendo assim, é dever da Administração fornecer a maior quantidade de informações para que os proponentes ofereçam a melhor oferta.

Mesmo que a administração não consiga fornecer, por fugir ao seu alcance, determinadas informações técnicas, o objeto vai estar conceituado com suas características mínimas desejáveis delimitadas, cabendo as proponentes oferecerem propostas melhores e/ou justificando a razão de não atender determinados requisitos técnicos. Afinal, justamente por não dispor da capacidade de dizê-los a Administração terá a possibilidade de conhecê-los e avaliar sua aplicação a sua necessidade.

Nesse sentido a RFP é utilizada anteriormente ao procedimento de dispensa de licitação. A partir da melhor proposta é que se irá realizar o procedimento administrativo de dispensa.

CONCLUSÃO

A utilização da RFP pela Administração Pública se dá em um processo de dispensa de licitação. Portanto, apesar da dispensa se realizar em um procedimento licitatório formal para as aquisições, devem ser atendidos e comprovados todos os princípios administrativos aplicáveis às contratações públicas. Nesse cenário, como forma de garantir a lisura da contratação e a escolha de uma proposta mais vantajosa (técnica e comercialmente), que atenda de forma mais adequada ao interesse público, surge a figura da Request for Proposal – RFP ou “Pedido de Proposta”.

Trata-se, pois, de um instrumento não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, embora venha sendo “regulamentado” por meio de jurisprudências e orientações normativas

emanadas pelos órgãos de controle externo da administração pública como o Tribunal de Contas da União.

A RFP é um procedimento preparatório inicial para posterior análise e negociação de propostas que resulta na contratação por dispensa de licitação.

Os procedimentos de RFP têm sido adotados para a aquisição de recursos militares e já são reconhecidos pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos do Plenário nº 543/2016, nº 1957/2007 e nº 279/2001, como uma forma de dar transparência a tais aquisições, devido ao fato de estabelecer critérios objetivos de escolha e julgamento.

Nesse sentido, a RFP não é um instrumento jurídico - como seria um edital licitatório ou uma carta convite -, mas apenas um instrumento de cunho comercial e negocial, pelo qual se permite à administração pública conhecer a realidade de mercado daquele bem ou serviço que pretende adquirir.

Somente após finda a RFP, com todas as informações prestadas pelos fornecedores, é que a Administração começará avaliar os propostas a fim de escolher a mais vantajosa. E aqui a vantajosidade não se limita ao menor preço. Podem haver pontos cruciais que determinem que determinada proposta, ainda que tenha um valor mais alto, seja melhor, como no caso da proposta prever o fornecimento de determinado sobressalente durante todo o período de vida útil de determinado aparelho.

As hipóteses que podem levar a Administração a julgar determinada proposta como mais vantajosas são muitas. Para tanto os critérios de pontuações e negociações comerciais precisam estar bem delimitados, a fim de propiciar a lisura do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18mar. 2017.

_____. *Lei nº8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> . Acesso em: 10 mar. 2018

_____. Tribunal de Contas da União. *TC nº 027.921/2010-7*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/027.943%252F2010/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 19set. 2017;

_____. Tribunal de Contas. *Processo n° 012.474/2013-4*. Acórdão 932/2017. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita %25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false)>. Acesso em: 11 mar 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *TC n° 025.650/2014-9*. Relator Marcos Bemquerer Costa. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/request%2520adj2%2520proposal/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas. *Acórdão n° 3359/2013* – Plenário. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=15764&p2=2003&p3=7>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas. *Processo n° 012.474/2013-4*. Acórdão 932/2017. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita %25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false)>. Acesso em: 11 mar 2018.

_____. Tribunal de Contas. *Processo n° 025.650/2014-9*. Acórdão 543/2016. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO %253A543%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A543%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false)>. Acesso em: 10 ABRr 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HUMBOLDT STATE UNIVERSITY. *Information technology service*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150721145920/http://www2.humboldt.edu/its/node/1633>>. Acesso em: 31 mai. 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Dialética, 2014.