

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MIZZI GOMES GEDEON

**AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PREVISTO NA LEI Nº 12.426/11 À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 8.666/93**

São Luís
2014

MIZZI GOMES GEDEON

**AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PREVISTO NA LEI Nº 12.426/11 À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 8.666/93**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Lucyléa Gonçalves França

São Luís
2014

MIZZI GOMES GEDEON

**AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PREVISTO NA LEI Nº 12.426/11 À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 8.666/93**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Lucyléa Gonçalves França (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(1º Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(2º Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e meus irmãos pela compreensão, paciência e apoio.

Ao Alistelman, pela ajuda incondicional na realização desta monografia.

As minhas amigas, em especial a Jéssica, Isabela e Amanda por me fazerem companhia neste momento.

A minha orientadora Prof.^a Dra. Lucyléa França, pela disponibilidade e por todo o conhecimento transmitido.

RESUMO

Em vigência há quase 20 anos, a Lei Geral das Licitações, Lei nº 8.666/93, sofre críticas constantes devido ao seu processo burocrático, demorado e pouco eficiente. Por conta disso, e alegando urgência no estabelecimento de novas regras e diretrizes necessárias à elaboração da infraestrutura exigida para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016, o Congresso Nacional sancionou a Lei nº 12.462, de 2011, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O objetivo inicial deste regime foi promover maior celeridade e eficiência na execução destas obras, para isso trouxe inovações em face do regime anterior, como a contratação integrada, a remuneração variável, o sigilo do orçamento estimado, a inversão de fases e a fase recursal única. Com isso, o presente trabalho busca analisar este novo regime licitatório juntamente com os aspectos positivos e negativos de sua aplicação, em face dos aspectos tradicionais da Lei 8.666/11.

Palavras-Chaves: Direito Administrativo. Licitação. Contratações públicas. Lei 8.666/93. Lei 12.462/11

ABSTRACT

In effect for almost 20 years, the general law of tenders, Law 8.666 / 93, suffers constant criticism because of its bureaucratic process, time consuming and inefficient. Because of this, claiming urgency in establishing new rules and guidelines necessary for the production of the required infrastructure for the World Cup 2014 and the 2016 Olympics, the National Congress enacted Law n. 12,462, 2011, which created the Regime differentiated the Procurement (RDC). The initial objective of the scheme was to promote greater speed and efficiency in the execution of these works, for it brought innovations in the face of the former regime, such as integrated procurement, variable remuneration, the secrecy of the estimated budget, the phase inversion and the only appeals process. Thus, this study seeks to analyze this new bidding system along with the positive and negative aspects of your application, in the face of the traditional aspects of Law 8,666 / 11, ending with an analysis of the use of DRC at the practical level.

Keywords: Administrative Law. Public Contracting. Bidding. Law 8.666 / 1993. Law 12.462 / 2011.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	- artigo
ANAC	- Agência Nacional de Aviação Civil
atual.	- atualizada
CF	- Constituição Federal
ed.	- edição
inc.	- inciso
FIFA	- Fédération Internationale de Football Association
LGL	- Lei Geral de Licitação
MP	- Medida Provisória
p.	- página
PAC	- Programa de Aceleração do Crescimento
RDC	- Regime Diferenciado de Contratações Públicas
rev.	- Revisada
STF	- Supremo Tribunal Federal
SUS	- Sistema Único de Saúde
v.	- volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O MODELO DE CONTRATAÇÃO NO BRASIL: as licitações públicas...	11
2.1	Aspectos gerais da licitação.....	11
2.1.1	Embasamento Jurídico.....	12
2.1.2	Conceito.....	13
2.1.3	Finalidades.....	14
2.2	Princípios.....	15
2.2.1	Princípios Gerais da Administração Pública.....	15
2.2.2	Princípios norteadores do processo licitatório.....	19
2.3	Obrigatoriedade da licitação e suas exceções.....	22
2.3.1	A regra da obrigatoriedade.....	22
2.3.2	Dispensa e Inexigibilidade.....	23
2.4	Modalidades de licitação.....	23
3	O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	29
3.1	A produção legislativa que introduziu este novo modelo licitatório.....	30
3.2	Objetivos, princípios e diretrizes do RDC.....	32
3.3	Principais inovações trazidas pela Lei 12.462/2011.....	35
3.3.1	O regime de contratação integrada.....	36
3.3.2	Sigilo do orçamento estimado.....	38
3.3.3	Remuneração variável.....	39
3.3.4	Da inversão de fases da licitação.....	41
3.3.5	Da fase recursal única.....	43
4	NOVOS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	45
4.1	A expansão da incidência do RDC e a falta de planejamento.....	45
4.2	As alegações de (In)Constitucionalidade.....	49
4.3	Os resultados obtidos pela Lei do RDC.....	53
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Há exatos 21 anos está em vigor no país a Lei nº 8666/93 que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. A licitação, como forma de selecionar as pessoas, quer físicas, quer jurídicas, a serem contratadas pela Administração Pública, constitui instrumento capaz de efetivar os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, pois moraliza a atividade dos entes públicos, impondo aos seus agentes a adoção de determinadas condutas, conferindo impessoalidade às contratações e protegendo os interesses públicos.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi promulgada objetivando regular estes comandos e estabelecer uma unificação de todo o rol normativo do tema. Buscou-se criar instrumentos capazes de concretizar os princípios constitucionais retro citados. Dentre os quais, destacam-se, exemplificativamente, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Com isso, podemos concluir que esta lei é de extrema importância no cenário brasileiro, no que toca às licitações e contratos administrativos, por obedecer ao mandamento constitucional e potencializar o processo licitatório brasileiro, além de introduzir normas de controle da discricionariedade do administrador voltadas a redução do alto índice de corrupção à época de sua edição.

Ocorre que com o fomento aos princípios administrativos constitucionais, que impulsionaram a Reforma do Estado, verificou-se um distanciamento entre o cotidiano prático das licitações e as normas previstas na Lei nº 8666/93, e esta tornou-se com o tempo ultrapassada em relação aquilo previsto como seu objeto.

Em busca de suprir as lacunas e deficiências deixadas pela Lei 8666/93 começou-se a pensar na criação de um regime mais rápido e menos burocrático, posteriormente chamado de “Regime Diferenciado de Contratações Públicas”.

O estopim para a criação de tal regime foi a escolha do Brasil para sediar a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas e paraolimpíadas de 2016, esta impeliu o Estado brasileiro a realizar os mencionados aperfeiçoamentos em sua infraestrutura num prazo determinado, objetivando o atendimento das necessidades de tais eventos. O legislador buscou dar mais celeridade e eficiência ao procedimento licitatório.

Para o melhor desenrolar das licitações, o RDC trouxe algumas inovações, dentre elas, o estímulo à informatização, o instituto da contratação integrada, o sigilo nos orçamentos e a inversão de fases de habilitação e julgamento das propostas.

Nessa esteira, surgiram alguns questionamentos, tais como: até que ponto é permitido desburocratizar o sistema em face da celeridade e da eficiência? Ao criar esta nova modalidade de contratação, estaria a Administração Pública visando a otimização e a eficiência das contratações ou seria somente uma forma mais fácil de esconder as irregularidades com os gastos públicos?

Ou quando da realização de grandes eventos, em que há um aumento de gastos públicos com a realização de obras, é razoável a realização de procedimentos simplificados, ou, ao revés, deveriam os procedimentos ser mais rigorosos? Ou diante do prazo dado pelas instituições internacionais, desde a escolha do Brasil como sede de determinados eventos, até a sua realização, justifica a adoção de algum regime simplificado ou de urgência?

Por fim indaga-se: o procedimento licitatório já existente no ordenamento jurídico pátrio (Lei nº 8.666/93) já não seria suficiente para, dentro do prazo, atender às novas demandas?

A presente monografia não visa esgotar toda a discussão acerca do tema licitações públicas, mas objetiva fazer uma comparação entre o modelo da Lei 8.666/93 e o modelo trazido pela Lei nº 12.462/11, para que se encontre subsídios para responder tais questionamentos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, com o intuito de melhor entender o regime tradicional previsto na Lei nº 8.666/1993 e o regime diferenciado de contratações públicas previsto na Lei nº 12.462/2011

Nesse contexto, a monografia está estruturada em três capítulos, precedidos pela introdução e sucedidos pelas considerações finais, que buscam dar base aos objetivos específicos da pesquisa.

O capítulo de abertura visa demonstrar o modelo tradicional de contratações públicas previsto na Lei 8.666/1993, segundo o qual a regra para a contratação de obras e serviços pela Administração Pública é a licitação. Percorre-se seu conceito, finalidades, princípios, modalidades e suas exceções. Tem o objetivo explicar o modelo sobre o qual o Regime Diferenciado de Contratações Públicas evoluiu podendo em seguida fazer a respectiva comparação.

No segundo capítulo passa-se a análise do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, presente no ordenamento jurídico através da Lei 12.462/2011. Passando pela verificação de como se deu a produção legislativa responsável por introduzir este novo regime e destacando quais foram suas principais inovações no que tange às licitações.

Por fim, no terceiro capítulo faz-se um estudo sobre como está sendo a evolução deste novo modelo, qual foi seu resultado prático e se ele está alcançando seus objetivos. Faz-se ainda os apontamentos acerca das duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei nº 12.462/11.

Apesar de toda a polêmica em torno do RDC, a presente monografia busca demonstrar que, aos menos até então, não há qualquer prova efetiva de que os princípios constitucionais estão sendo violados pela lei instituidora deste regime.

2 O MODELO DE CONTRATAÇÃO NO BRASIL: as licitações públicas

É essencial o papel desenvolvido pela Administração para o correto funcionamento do Estado. A administração pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. A Administração pode-se dizer, devido a sua crucial importância para a organização do Estado, é o coração do Estado, responsável por guiar todas as demais funções.

2.1 Aspectos gerais da licitação

A Administração Pública ao exercer suas atividades deve sempre focar o interesse público como sua finalidade essencial e, para satisfazê-lo, necessariamente, necessita de bens e serviços prestados por terceiros, razão pela qual realiza contratações para a execução de obras, prestação de serviços públicos, locação de imóveis, dentre outros.

Nesse sentido, com o objetivo de preservar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade e da própria ilecividade do patrimônio público determinou a regra da obrigatoriedade da licitação.

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, em regra, um procedimento preliminar nas conformidades da legislação.

O acatamento a esse procedimento dificulta conluíus inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, sendo incompatível com o princípio da igualdade (MELLO, 2008, p. 180).

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.

A compreensão plena de seu funcionamento e de seus princípios é fundamental para que se entenda, como um todo, o novo modelo de contratação administrativa trazida pelo legislador, o regime diferenciado de contratações públicas, presente na Lei nº 12.462/2011. Através da análise do modelo tradicional da Lei nº 8666/95 pode-se entender melhor as inovações e as falhas deste novo modelo.

2.1.1 Embasamento Jurídico

No Direito Brasileiro a licitação é exigência constitucional para as contratações do Poder Público com terceiros, a base mais genérica da obrigatoriedade das contratações públicas serem precedidas de licitação está no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal¹ vejamos:

Art. 37 [...]

XXI- 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**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 igualmente refere-se à necessidade de licitação, ao tratar de outorgas de concessões e permissões, reforçando a obrigatoriedade de licitação. Acerca da licitação, Da Silva (2007, p. 672) esclarece que “constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”.

A competência para legislar sobre licitação está prevista no art. 22, XXVII da Constituição de 1988, o qual determina ser a União competente privativamente para legislar sobre as normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública direta, autárquica e fundacionais dos entes federativos.

A regra da licitação também se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista. Apesar do art. 173, § 1º, inciso III, CF determinar que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, elas continuam, como regra, obrigadas a licitar. Ela não se aplica quando o objeto do contrato estiver diretamente relacionado à atividade-fim da entidade. Mas para as atividades-meio permanece a exigência de licitação.

A competência suplementar dos Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar é tratada no art. 24, §§ 2º, 3º e 4º da CF, determinando que uma vez que inexista lei federal tratando sobre as normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

1. No Brasil, a licitação obrigatória foi imposta por diversos diplomas legislativos, ao longo do tempo. Essa é a tendência verificada também no direito comparado. A “Rodada do Uruguai”, de 1996, da Organização Mundial do Comercio produziu um Acordo sobre Contratos Administrativos, firmado por 22 países, dentre os quais a União Europeia, os EUA e o Japão.

No Brasil as normas gerais sobre licitações e contratos estão previstas na Lei nº 8666/93, que veio regulamentar o art. 37, XXI, da CF, sendo um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes no direito público brasileiro (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 34), sendo a regra base para as contratações públicas.

Além da Lei nº 8666/93, a Lei nº 8.987/95, a Lei nº 10.520/02, a Lei nº 11.079/04 e a Lei nº 12.232/10, formam o cerne do sistema licitatório brasileiro (CARVALHO FILHO, 2014, p. 240). Contudo, existem ainda outros diplomas legais que disciplinam as licitações em áreas peculiares da administração pública e outros que disciplinam modalidades específicas de licitação, como a Lei nº 12.462/11 objeto principal deste trabalho.

2.1.2 Conceito

Feita essa breve análise introdutória no que concerne ao embasamento jurídico da licitação, passa-se à busca da compreensão do que consiste o referido instituto, no seu aspecto conceitual. Nas palavras Bandeira de Mello (2008, p.534), licitação é:

[...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

É um procedimento administrativo através do qual a Administração irá selecionar a melhor proposta, a mais vantajosa para o interesse público. Importante ressaltar que a mais vantajosa não necessariamente é a mais barata, mas sim aquela que melhor atinge a finalidade do interesse público.

Di Pietro (2007, p. 325), por sua vez, conceitua licitação como o procedimento pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

A licitação é o meio que o legislador encontrou de garantir a isonomia e a impessoalidade na contratação de bens e serviços pela Administração Pública, caso contrário, o ente público acabaria por favorecer a contratação de determinada empresa, em detrimento

das demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecer propostas, desrespeitando os princípios constitucionais da legalidade, da igualdade e da isonomia.

2.1.3 Finalidades

A licitação almeja a seleção do interessado para a futura celebração do contrato mais vantajoso possível à Administração, em vista da necessidade pública previamente definida pela autoridade competente.

Segundo o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir: (I) a observância do princípio da isonomia; (II) a seleção da proposta mais vantajosa; (III) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Estão enumerados, assim, no *caput* do mencionado dispositivo legal, os fins buscados através da licitação.

A doutrina aceita pacificamente às duas primeiras finalidades da licitação, quais sejam, a isonomia entre os licitantes, entendendo-se como igual oportunidade aos interessados de contratar com o poder público, e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública. O desenvolvimento nacional, terceira finalidade da licitação, foi acrescentada pela Lei nº 12.349/10, que alterou o art. 3º da Lei Geral de Licitações.

No que tange a alteração, Gasparini (2011, p. 530) assevera ser “[...] claro que a promoção do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, encontra-se albergada no princípio do interesse público”. O Estado passa a considerar a necessidade da elaboração de contratos administrativos que incentivem o desenvolvimento sustentável.

O § 2º do art. 3º da Lei nº 8666/93 estabelece, ainda, como critério de desempate, os bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Por mais enfadonho que possa parecer, a Lei nº 8666/93 busca em todo o seu teor, deixar claro que o interesse a ser perseguido é a finalidade pública, não é o interesse particular do gestor que deve determinar com quem se deve contratar.

Nesse sentido, havendo necessidade de licitar, o agente público deve observar no procedimento licitatório todas essas suas finalidades básicas. Juntamente com essas finalidades, os princípios gerais da Administra Pública e os princípios específicos dão a moldura final de como a Administração deve se portar. Estes passarão a ser aqui analisados.

2.2 Princípios

Os princípios² são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo sentido lógico e racional, o que permite uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa. Passa-se a analisar os princípios fundamentais da Administração Pública e posteriormente os princípios específicos sobre licitação.

2.2.1 Princípios Gerais da Administração Pública

O Direito Administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho (JUSTEN FILHO, 2009, p.01).

A Administração Pública goza de prerrogativas ou privilégios que não são conhecidos no âmbito do direito privado, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo e presunção de veracidade dos atos. (DI PIETRO, 2007, p. 56)

Contudo, ao lado das prerrogativas, existem determinadas restrições a que a Administração deve se submeter, sob pena de nulidade de seus atos administrativos, como, por exemplo, o cumprimento da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade.

Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios gerais da Administração Pública. Os princípios gerais, logicamente, aplicam-se também às licitações, conforme própria previsão legal.

Os princípios gerais da Administração Pública estão previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da Silva (2007, p. 666) esclarece que “outros se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos

² Nas lições Bandeira de Mello (p. 53, 2009), são “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo para sua exata compreensão”.

administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas de direito público (inc. XXI e §§ 1º e 6º)”.

Mas o cerne principal dos princípios gerais encontra-se mesmo no caput do art. 37, CF, os quais devem estar presentes em todo o procedimento da licitação.

Sobre o **princípio da legalidade**, Da Silva (2007, p. 420) afirma que:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito a mandamentos da lei e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELES, 2007, p. 87).

A vontade da Administração Pública é a que decorre de lei, ou seja, somente pode fazer aquilo que a lei permite. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (DI PIETRO, 2007, p. 58).

No direito positivo brasileiro, este princípio, além de referido no artigo 37, está também contido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, por mais que a administração possua discricionariedade para exercer determinados atos, ela não pode fugir do cerco da legalidade, devendo sempre se pautar neste para sua atuação.

Nem todos os autores aceitam a existência do **princípio da moralidade**, alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade (DI PIETRO, 2007, p. 68).

A moralidade administrativa constitui pressuposto de todo e qualquer ato praticado pela administração pública. Não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (MEIRELES, 2007, p. 88).

Em sua atuação o administrador público deve atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que

assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELLA, 2005, p. 37).

Este princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração. No que tange as licitações, por exemplo, é comum os conluios entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

Sobre o tratamento dado pela Lei nº 8.666/93 ao princípio da moralidade, Di Pietro (2007, p. 333) afirma que:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a proibidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, §4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei nº 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei nº 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração. (destaque do autor).

O princípio da moralidade determina que o procedimento licitatório deva seguir determinados padrões éticos, exigindo, tanto da Administração Pública quanto dos licitantes, um comportamento honesto e pautado na boa-fé.

Devido a sua importância, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIII, conferiu a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular que vise à anulação de ato lesivo à moralidade administrativa.

O **princípio da impessoalidade** está dando margem a diferentes interpretações, pois ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros. Exigir impessoalidade da Administração tanto poderia significar que esse princípio deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração.

Em uma primeira interpretação, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Ou seja, a Administração não pode atuar para prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que se deve sempre buscar o interesse público.

Em uma segunda interpretação, o princípio da impessoalidade significa que os atos e providimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal (SILVA, 2007, p. 667).

O que este princípio veda é a prática de ato administrativo sem o interesse público ou conveniência para a Administração, visando somente favorecer interesses privados, beneficiando ou perseguindo agentes administrativos, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder.

O **princípio da publicidade** está previsto em diversos dispositivos constitucionais³ e infraconstitucionais, ele impõe a ampla divulgação de atos, contratos e demais instrumentos que a Administração Pública venha a firmar para que todos tomem conhecimento, e, assim, possa ser feito o controle da atuação estatal por qualquer do povo.

O princípio da publicidade é da essência de um Estado Democrático de Direito, vez que o agente público atua no interesse da coletividade, cumprindo determinações legais. Seria uma manifestação do próprio princípio republicano (MOREIRA; GUIMARÃES. 2012 p. 75).

Em princípio, todo o ato administrativo deve ser publicado, a regra é a da ampla transparência, clara e franca⁴. Em relação ao tratamento da Lei nº 8.666/95, Carvalho Filho (p. 247, 2014) sustenta que:

Este princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um número maior de possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

Busca-se a transparência dos atos públicos. O sigilo abre brechas para as fraudes e conluíus entre a administração e os administrados.

A emenda constitucional 19/1998 materializou juridicamente o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e introduziu no *caput* do art. 37 da Constituição Federal o **princípio da eficiência**, tornando-o um dos principais princípios norteadores da Administração Pública.

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade.

³ Na Constituição Federal de 1988 os principais dispositivos que tratam da publicidade são o art. 5º, XXXIII (que trata do direito a informação), XXXIV, “b”, (direito a certidão), LXXII (habeas data) e o *caput* do art. 37 (publicidade é um dos princípios gerais da Administração Pública).

⁴ Salvo exceções subjetivas, como aquela estabelecida para os orçamentos no art. 6º do RDC, que será aprofundado no próximo capítulo.

Eficiência é conseguir os melhores resultados, ou seja, oferecer aos cidadãos bons serviços, que satisfaçam as necessidades públicas, com o menor custo possível.

A eficiência tem dois aspectos: o primeiro relacionado à atuação dos agentes públicos e o segundo está ligado à organização da Administração Pública. Assim, os agentes públicos devem desempenhar suas atribuições da melhor forma, atingindo os melhores resultados, enquanto a Administração Pública deve prestar os melhores serviços, dentro de suas possibilidades, aos cidadãos (DI PIETRO 2007, p. 75).

O princípio da eficiência não foi previsto expressamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93, todavia, infere-se sua aplicação às licitações por estar previsto no art. 37 da Constituição Federal como um dos princípios gerais da Administração Pública. No presente trabalho a conceituação da eficiência é fundamental, uma vez que esta foi utilizada como motivação para a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que trouxe expressamente a eficiência como objetivo e princípio⁵, eles serão abordados no próximo capítulo.

O princípio da eficiência se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos a segurança jurídica (DI PIETRO, 2007, p. 76).

Estes são os princípios básicos enunciados pela Constituição Federal para a Administração Pública e vistos pelos estudiosos como de maior relevância. A licitação é norteada por alguns princípios específicos, expressos em lei, os quais definem a linha em que se deve situar o procedimento.

É comum a verificação da validade ou invalidade de atos do procedimento licitatório com fundamento nesses princípios, razão pela qual eles serão comentados a seguir.

2.2.2 Princípios norteadores do processo licitatório

Feita uma análise dos princípios gerais da Administração Pública, passa-se ao estudo dos princípios específicos do processo licitatório, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/95:

⁵ Art. 1º § 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional **da isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

Este artigo enumera expressamente os princípios básicos que regem o procedimento licitatório. Os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade foram abordados anteriormente.

No que tange ao **princípio da isonomia** ele veda a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas por parte da Administração. A licitação serve para coibir esse tipo de prática discriminatória e parcial (JUSTEN FILHO, 2009, p. 376).

Conclui-se que a incidência do princípio da isonomia sobre a licitação desdobra-se em dois momentos. Primeiramente, são determinados os critérios de diferenciação que a Administração Pública optará para fazer a escolha do contratante. Em um segundo momento, a Administração verificará quem, de fato, preenche de forma mais satisfatória as diferenças.

No que tange **igualdade**, esta vai além da isonomia em si; exige que a Administração não apenas trate isonomicamente os licitantes, mas também possibilite que quaisquer interessados em participar do certame, e que ofereçam as condições de garantia indispensáveis, possam disputá-lo. É o que preconiza o art. 37, XXI da CF, que, em sua parte final, destaca que o procedimento licitatório permitirá apenas a exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O art. 3º, §1º, I da Lei Geral de Licitações⁶, inclusive, veda a possibilidade de o instrumento convocatório incluir cláusulas que coíbam o caráter competitivo no procedimento licitatório.

Justen Filho (2009, p. 376) discorre acerca da *isonomia* e a diferenciação estabelecida entre particulares:

Há equívoco em supor que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e

⁶ § 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. O ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração Pública.

Ou seja, não pode é haver discriminação arbitrária dos interessados, a Administração não pode criar critérios de admissão específicos para determinada empresa e não os exigir para outra.

O **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** trata-se de mandamento elementar no processo licitatório, cuja inobservância pode dar ensejo a nulidade do procedimento (DI PIETRO, 2007, p. 334).

O que for determinado pelo edital do certame deve ser cumprido no decorrer da realização do julgamento, observado sempre em conjunto com o princípio da legalidade. Meirelles (2007, p. 276) afirma ser o edital “a lei interna da licitação”, e, como tal, vincula tanto os licitantes como a Administração a seus termos. O autor afirma ainda que uma vez estabelecidas as regras do certame, estas não podem mais ser mudadas durante o certame. Se por ventura, no decorrer do processo, for verificado sua inviabilidade, a Administração deverá encerrar o processo e reabri-lo com novas regras.

Caso os termos do edital fossem descumpridos no decorrer do procedimento licitatório, estariam também ferindo os princípios da publicidade, da competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital. O julgamento das propostas deve ser realizado fundando-se em critérios objetivos estabelecidos no ato convocatório.

O **princípio do julgamento objetivo**, além de previsto no *caput* do art. 3º da LGL é reafirmado nos arts. 44⁷ e 45⁸ do mesmo diploma legal.

O princípio em comento visa o julgamento baseado em fatores concretos pedidos pela Administração, busca, ainda, afastar a discricionariedade na escolha das propostas, vinculando os julgadores a atarem-se aos critérios pré-fixados pela Administração.

A doutrina diverge quanto aos demais princípios norteadores das licitações. Segundo Di Pietro (2007, p. 328) os previstos no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 são somente os princípios gerais aplicáveis ao procedimento licitatório; existem outros: da padronização, da competitividade, da fiscalização da licitação, formal e formalismo. A autora

⁷ Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

⁸ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

menciona, especialmente, os da adjudicação compulsória, da ampla defesa, da razoabilidade, da motivação, da participação popular e, aponta mais recentemente o da licitação sustentável.

É certo que nos dias atuais existe certa banalização do termo “princípios”, muitos autores elencam extensas listas de princípios aplicáveis ao tema das licitações, muitos dos quais são redundantes por já existir regra legal para o assunto. O trabalho buscou abordar os princípios expressos na Constituição e na Lei Geral de Licitações.

2.3 Obrigatoriedade da licitação e suas exceções

Feito este estudo sobre os aspectos principiológicos, analisa-se, então, as regras da licitação no que concerne à sua obrigatoriedade, eis que, como será visto, tal regra possui algumas exceções.

2.3.1 A regra da obrigatoriedade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mais especificadamente, em seu art. 37, XXI, a licitação de obras, serviços, compras e alienações passou a ser uma exigência constitucional para toda a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, ressalvados os casos especificados na legislação.

Além da previsão constitucional, outros diplomas legais trazem hipóteses de exigibilidade de licitação. O art. 2º da Lei Geral de Licitação impõe a licitação prévia às obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações, enquanto o parágrafo único do art. 1º dispõe que além dos órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios subordinam-se à LGL.

A expressão *obrigatoriedade de licitação* teria um duplo sentido, significaria não só a necessidade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa (MEIRELLES, 2007, p. 279).

Em algumas hipóteses, devido a suas particularidades, não existe compatibilização com o rito e a demora do processo licitatório, por isso a própria Constituição admite ressalvas à obrigatoriedade.

2.3.2 Dispensa e Inexigibilidade

O artigo 37, XXI, da CF, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

As ressalvas previstas na legislação dividem-se em dispensa e inexigibilidade. No caso da dispensa é possível a competição, mas em determinados casos a lei a dispensa. Ou, “são os casos em que se pode estimar que os benefícios potencialmente extraíveis de uma licitação serão insuficientes para justificar os encargos necessários à sua realização” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 384).

Prevista tanto no art. 17 quanto no art. 24 da Lei nº 8.666/93, a dispensa só deve ocorrer por razões de interesse público. Obviamente, nesses casos, a realização da licitação acabaria por burlar o interesse público, motivo pelo qual o legislador concedeu ao administrador a possibilidade de dispensar a licitação para os casos expressamente previstos.

Por inexigibilidade da licitação, Di Pietro (2007, p. 345) entende que é a não realização do procedimento licitatório por falta de concorrência. Diante disso, percebe-se que não faz sentido a realização de uma competição onde só existiria um objeto ou somente uma pessoa apta a atender as necessidades da Administração, nesse caso, a licitação torna-se inútil, devendo-se então contratar diretamente a aquisição do objeto com o único que o detenha.

É conveniente ressaltar, nesta, que as hipóteses de inexigibilidade, previstas no art. 25 da Lei 8.666/93, são exemplificativas, ou seja, em nada obsta a possibilidade de ocorrência de novas situações que inviabilizem a realização da licitação, no entanto, “a inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada” (JUSTEN FILHO, p. 383, 2009).

A diferença entre as duas, em suma, seria que na dispensa, existe a possibilidade de competição que justifique a licitação, no sentido de que a lei faculta a dispensa, e esta fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, a licitação é, portanto, inviável.

2.4 Modalidades de licitação

Em se verificando a necessidade da realização da licitação, esta deverá ser feita de acordo com as modalidades previstas em lei, não podendo a administração pública realizar a

licitação, adotando qualquer procedimento, sem respeitar às modalidades e determinações previstas em lei.

A Lei Geral de Licitação, em seu art. 22 prevê cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Por sua vez, o § 8º do referido dispositivo legal veda a possibilidade de criação de novas modalidades ou combinação das cinco.

Entende-se realmente ser inapropriada a combinação das modalidades licitatórias. Diferentemente, contudo, é a criação de uma nova modalidade, sendo isto possível, desde que ocorra por meio de lei da União. Como foi o caso da Medida Provisória n. 2.026/00 que criou o pregão como nova modalidade licitatória, a ser usada exclusivamente para a União.

As diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões acessórias, tais como âmbito da publicação, prazo de divulgação, valor econômico de contratação. As diferenças procedimentais retratam a necessidade de adequar a disciplina do procedimento licitatório às características do objeto a ser contratado e do critério de julgamento consagrado (JUSTEN FILHO, 2009, p. 388).

Não se deve confundir *modalidades de licitação* com os *tipos de licitação*, previstos no art. 45⁹ da LGL, em que a distinção prevista limita-se aos fins do artigo e se refere ao critério de julgamento, que seria menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta.

A doutrina diverge sobre quantas seriam as modalidades de licitação de fato e quais seriam as outras modalidades não previstas na LGL. Di Pietro (2007, p. 350) assevera que o sistema brasileiro compreendia cinco modalidades de licitação, previstas no art. 22 da Lei 8.666, não havendo dúvida de que atualmente há uma sexta modalidade, prevista na Lei 10.520/02¹⁰. Em sentido contrário, além das cinco modalidades expressamente previstas na Lei 8.666/93, para Moreira e Guimarães (2012, p. 110):

Atualmente existem três espécies extravagantes à LGL cujas características autorizam seu exame neste capítulo, ainda que de forma breve. Isso porque, com o passar do tempo, a racionalidade destas três ordens de licitação tenderá a substituir aquela celebrada pela LGL, cujo centro de gravidade é a modalidade concorrência.

⁹ Art. 45. [...]

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

¹⁰ 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.

Isto é: a tradicional LGL está em processo de extinção, por meio da expulsão normativa do seu habitat natural. Há cada vez menos espaço fático para a LGL viver (grifo nosso).

Os autores afirmam ainda que existe hoje uma paulatina diminuição das hipóteses de incidência da LGL, por meio da promulgação dessas leis específicas. Seria o caso do pregão, das concessões e do RDC.

A modalidade concorrência, nos termos do § 1º do art. 22 da LGL “é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto” (grifo nosso).

Assim, a concorrência não estabelece restrições subjetivas, estas decorrerão do edital, que estabelecerá requisitos mínimos para que qualquer interessado possa participar do certame.

Esta modalidade é a regra para as contratações de maior valor, por isso a lei optou por exigir-lhe ampla publicidade e maior divulgação (CARVALHO FILHO, 2014, p. 277). O Estatuto estabelece duas faixas de valor: uma, para obras e serviços de engenharia, e outra para compras e serviços¹¹.

O órgão competente, na concorrência, deverá publicar o edital com antecedência mínima de 45 ou 30 dias até o recebimento das propostas ou da realização do evento (art. 21, § 2º, incisos I e II da LGL).

No que tange a tomada de preços “é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”, conforme o disposto no art. 22, § 2º da Lei n. 8.666/93.

O objetivo da restrição dos cadastrados é tornar a licitação mais sumária e rápida. O interessado, se não estiver cadastrado, deverá comprovar o preenchimento dos requisitos de participação até três dias antes da data da apresentação dos envelopes. Isso acarretará o processamento simultâneo do cadastramento do interessado com a tomada de preço. Assim, o cadastro do interessado equivale à sua habilitação, nos termos dos artigos 27 a 31 da LGL.

É prevista a tomada de preços para contratos de valor logo inferior ao previsto para a concorrência, e o que as distingue e caracteriza a tomada de preços é a habilitação preliminar.

¹¹ Art. 23, I, “c”, e II, “c”, da Lei 8.666/93.

A lei anterior não previa a possibilidade de comprovar os requisitos do cadastro depois, podiam participar apenas aqueles já comprovadamente cadastrados. Sobre essa mudança Di Pietro (2007, p. 354) discorre que:

O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já a que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem na tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.

Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas, é o que consta no art. 22 § 3º da Lei n. 8.666/93.

É “o procedimento mais simplificado dentre as modalidades comuns de licitação” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 393). O convite não exige publicação, porque é feito diretamente aos escolhidos pela Administração através de carta-convite. A lei, porém, determina que cópia do instrumento convocatório seja afixada em local apropriado, estendendo-se automaticamente aos demais cadastrados na mesma categoria.

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, com possibilidade de ocasionar burla aos princípios da licitação, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou semelhante, deverá ser convidado pelo menos outro fornecedor que não participou da licitação imediatamente anterior, enquanto existirem cadastrados não convidados (CARVALHO FILHO, 2014, p. 282).

A modalidade concurso consiste em uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. O concurso será ainda utilizado, preferencialmente, para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, elencados no art. 13 da Lei 8.666/93, ressalvadas as hipóteses em que já exista inexigibilidade de licitação.

Possui natureza especial, pois se rege, é certo, pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os licitantes, no intuito de se eleger a escolha do melhor trabalho, entretanto, dispensa as formalidades específicas da concorrência. Nela, aplica-se o princípio da

publicidade, devendo ser anunciada por meio de edital, com ampla divulgação pela imprensa oficial e particular, com antecedência mínima de 45 dias.

Justen Filho (2009, p.393) leciona que o concurso pressupõe o interesse da Administração Pública em selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, seja para obtenção de resultado prático imediato.

Como se trata da seleção de um projeto intelectual, a comissão que dirige a licitação deve ser bastante criteriosa e apta intelectualmente, uma vez que, em face do subjetivismo presente na escolha, pode ser facilitado eventual desvio de finalidade.

No que tange ao leilão, conforme o disposto no art. 22, § 6º da Lei nº 8.666/93, é a modalidade licitatória realizada entre quaisquer interessados “para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”. O art. 17, § 6º da lei Geral de Licitação restringe sua utilização aos casos em que o valor isolado ou global de avaliação deles não exceder o limite previsto para compras na modalidade de tomada de preços.

Há dois requisitos importantes no leilão. Primeiramente, deve ser dada ao certame a mais ampla divulgação, depois é necessário que, antes do processo, sejam os bens públicos avaliados. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração (CARVALHO FILHO, 2014, p. 283).

Dentre as novas modalidades de licitação, encontra-se o pregão, disciplinada pela Lei n. 10.520/2002. O pregão poderá ser adotado para aquisição de bens e serviços comuns, compreendidos estes, nos termos do parágrafo único do artigo 1º do diploma legal em comento, como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Trata-se de hipótese de licitação por menor preço, existindo duas modalidades de pregão: o presencial e o eletrônico. O pregão presencial, ou comum, é regulamentado no âmbito federal, pelo Decreto nº 3.555, enquanto o eletrônico, na esfera federal, é regulamentado pelo Decreto nº 5.540. O pregão trouxe grandes inovações, e reduziu ao máximo as formalidades licitatórias, a fim de permitir a celebração de contratos com menores custos de transação e maior celeridade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 308).

Como segunda espécie extravagante à Lei Geral de Licitação, a concorrência-pregão ocorre nos casos de licitação para contratos de concessão, tendo como possíveis consequências a inversão de fases, o saneamento de falhas documentais meramente formais, e

a determinação do vencedor por lances realizados oralmente, após a abertura das propostas (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 112).

Por fim, a última modalidade de licitação está prevista na Lei n. 12.462/2011, objeto de análise no presente trabalho. A lei em comento institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) direcionado à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016, o qual apresenta algumas particularidades em relação ao procedimento geral previsto no Estatuto.

A justificativa do legislador para o RDC é baseada em uma constatação, bastante aceita pela doutrina, de que a Lei vigente até então tem se mostrado pouco eficaz em diversas áreas. Fez-se necessário a criação de uma nova lei que combatesse os atrasos e protelações, tradicionalíssimos em nosso país. Passa-se agora a analisar em que contexto surgiu esse novo modelo licitatório e as principais inovações trazidas por ele.

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Após as devidas considerações sobre o formato procedimental do modelo tradicional de contratações públicas, destacados os seus principais elementos, temos o formato a partir do qual o Regime Diferenciado de Contratações Públicas evoluiu.

O modelo trazido pela Lei nº 8.666/93 é constantemente criticado sob os argumentos de que a burocracia exacerbada atrapalharia a rapidez e a eficiência no processo licitatório, além de não fornecer condições vantajosas para os contratos celebrados pela Administração Pública.

Alegando urgência no estabelecimento de novas regras e diretrizes para as licitações e contratos necessários à elaboração de infraestrutura para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016, o Congresso Nacional sancionou a Lei nº 12.462 de 2011, que criou o RDC, nome determinado pela própria lei.

Contudo, o Governo Federal tem ampliado o alcance do novo regime. Foram incluídas as licitações para o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por meio da Lei nº 12.688/2012, as obras e serviços de engenharia na esfera do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos sistemas públicos de ensino, através da Lei nº 12.722/2012.

A ideia central desse novo regime vale ressaltar, não deixa de ter uma relação próxima com a ideal potencial de uma deficiência estrutural no planejamento da Administração Pública, uma vez que, o objeto primário deste modelo, como será visto adiante, foram os denominados “grandes eventos” que o Brasil iria sediar. Surgindo, dessa forma, a necessidade imediata de se construir, com agilidade e efetividade, as obras de infraestrutura exigidas para a realização dos eventos.

Embora a Lei nº 12.462/2011 contenha normas endereçadas a licitações e a contratações bastante específicas, as suas disposições têm aplicação, quando for o caso, a licitações e a contratações realizadas pela União, por estados, pelo Distrito Federal e por municípios, dependendo das suas responsabilidades, relacionadas às competições mundiais mencionadas, que cada ente federado tenha assumido. Dessa forma, a Lei nº 12.462/2011 tem incidência em âmbito nacional, mas não atinge todos os entes da Federação. Somente se aplica àqueles que devam realizar alguma contratação relacionada com os supracitados eventos desportivos.

No que se refere aos princípios aplicados ao RDC, o art. 3º da lei se sua criação, praticamente repetiu os princípios elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, acrescentando apenas mais dois princípios que não estão expressamente previstos da Lei Geral de Licitações,

quais seja, o princípios da eficiência e da economicidade, que foram tratados como princípios gerais da Administração Pública neste trabalho.

A presente monografia não busca exaurir o debate sobre o tema, nem detalhar a Lei nº 12.462/11, mas apenas apreciar suas principais inovações legislativas e discussões jurídicas a respeito de sua constitucionalidade. Passemos a analisar as peculiaridades desse novo modelo.

3.1 A produção legislativa que introduziu este novo modelo licitatório

Em 05 de agosto de 2011 foi editada a Lei nº 12.462, fruto da conversão da Medida Provisória nº 527 que, dentre outras coisas, institui o Regime diferenciado de contratação, concedendo à União, aos Estados e aos Municípios a possibilidade de usarem um regime diferenciado para licitar e contratar as obras referentes à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, bem como à Copa das Confederações em 2013 e obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições citadas.

Contudo, a primeira oportunidade em que se procurou disciplinar este regime deu-se em maio de 2010, com a edição das medidas provisórias nº 488 e nº489. Entretanto, essas medidas provisórias perderam sua eficácia por não terem sido apreciadas pelo Congresso Nacional dentro do prazo constitucional.

Vale aqui abrir um pequeno parêntese para explicar, ainda que de forma sucinta, o procedimento legislativo da Medida Provisória.

Em caso de urgência e relevância, em sendo adotada a medida provisória pelo Presidente da República, ela deverá ser imediatamente submetida ao Congresso Nacional (primeiramente à Câmara de Deputados e depois ao Senado Federal), que terá o prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60 dias, para apreciá-la.

Eventualmente, se não for apreciada pelas duas casas do Congresso Nacional dentro do referido prazo (sessenta dias mais sessenta dias), a medida provisória anteriormente editada perderá sua eficácia desde a sua edição (efeito ‘ex tunc’), devendo o Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias, por meio de decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas dela decorrente.

E foi o que aconteceu com as supracitadas medidas provisórias, em que o Congresso Nacional não as apreciou dentro do prazo constitucionalmente estabelecido, vindo a perder a sua eficácia.

Pois bem.

Posteriormente, em uma outra sessão legislativa, aproveitou-se a edição da Medida Provisória nº 527 para nela se fazer incluir o Regime Diferenciado de Contratação. Foi, portanto, esta medida provisória que foi convertida na Lei Federal nº 12.462 e com ela concretizou-se este novo regime de licitação e contratação.

Rigolin (2011, p. 05) comenta sobre o clima dos debates e interesses políticos divergentes que pairavam à época da sanção da Lei:

Após tormentosa e tumultuada tramitação – ao som de ranger de dentes e sob severo entrelaçamento de ódios variados – foi enfim sancionada a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que, dentre diversas outras providências para o âmbito exclusivo de serviço público federal, instituiu o RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a esta altura tão aguardado no panorama legislativo. Esse PLC, por sua vez, foi o resultado de algumas emendas parlamentares ao texto da MP originária, frutos de acalorada discussão, acordos, concessões recíprocas e entendimentos costurados a duras penas pelos partidos governistas e opositores, como sói ocorrer em elaborações legislativas sobre temas polêmicos e momentosos, de que todos anseiam colher dividendos políticos e eleitorais.

Inicialmente, já se observa que o RDC nasceu de forma polêmica, seja do ponto de vista formal (uma vez que foi incluído por emenda parlamentar em processo de conversão de MP, a qual originariamente dispunha sobre assunto totalmente diverso do RDC), seja sob o aspecto material (como exemplo, o art. 6º da Lei do RDC, que apenas prevê a publicidade do orçamento estimado da Administração após o encerramento da licitação – será tratado pormenor no capítulo seguinte-).

A edição da medida provisória para tratar sobre o tema já indica a total falta de planejamento do estado para suas atividades de curto, médio e longo prazo. Deixa claro, a inaptidão em eleger prioridade, organizar políticas públicas e suas respectivas execuções de forma a cumprir com o objetivo da finalidade pública (NAVES; DA SILVA, 2011, p. 01).

Fora a falta de planejamento, questiona-se sobre a possibilidade de incluir tal regime em uma emenda a uma MP, já que esta não tratava de licitações ou contratos públicos, não tendo, portanto, pertinência temática. Dispunha apenas sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, criação da Secretaria da Aviação Civil, alteração da lei da ANAC e da Infraero, criação de cargos em comissão bem como a contratação de controladores de tráfego aéreo.

O fundamento dessa crítica está no §4º do artigo 4º da Resolução nº1 de 2002 do Congresso Nacional segundo o qual “é vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”.

Esta restrição imposta à aprovação de emendas às medidas provisórias refere-se a chamada pertinência temática, impedindo que a matéria trazida por emendas não se coadune com a matéria originalmente apresentada na MP, a fim de evitar que ela seja utilizada como instrumento de aprovação de matérias outras, diferentes daquelas tratadas inicialmente (MORANO, 2013, p. 74).

Nesse sentido, conforme notícias do Supremo Tribunal Federal o procurador geral da república Roberto Gurgel informa que a norma questionada resultou da conversão em lei da Medida Provisória nº 527/11, editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. No curso da tramitação da MP na Câmara, o deputado José Guimarães (PT-CE) incluiu os dispositivos sobre o regime diferenciado de contratação. Gurgel afirma que a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória viola o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes, já que as MPs são de iniciativa exclusiva do presidente da República (Supremo Tribunal Federal – STF, 2011).

Em sentido contrário, Jurksaitis (2011, p.01), alega que o RDC chegou para inovar, para atualizar o sistema das licitações de maneira coerente e organizada. Afirma ainda que seu processo tumultuado de elaboração – através de duas medidas provisórias – é um exemplo da dificuldade de se superar os entraves que se apresentam quando o assunto é mudar a Lei 8.666/93.

A questão da inconstitucionalidade material e os questionamentos acerca da constitucionalidade da lei que versa sobre o RDC serão tratados no capítulo seguinte.

Ocorre que, até então, a lei é constitucional, e ainda não houve posicionamento da corte superior sobre o tema. Analiso agora as principais inovações trazidas por este regime.

3.2 Objetivos, princípios e diretrizes do RDC

A lei instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas estabeleceu seus objetivos logo no art. 1º § 4º, vejamos:

Art. 1º [...]

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Identificam-se dois grupos de finalidades maiores deste regime. O primeiro deles refere-se ao inciso I e deve ser compreendido em comparação com o regime da Lei nº 8.666/1993, pois ao utilizar o verbo “ampliar” pressupõe-se algo anterior a ser alargado. Ou seja, quando o legislador definiu como objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, nota-se uma clara intenção em melhorar os procedimentos até então utilizados, quais sejam, os da Lei nº 8.666/93.

O segundo grupo, refere-se aos demais incisos, não apresentam tantas inovações em comparação ao regime anterior. Nesta parte o legislador buscou destacar que a busca da proposta mais vantajosa deve considerar a melhor relação entre custos e benefícios do objeto contratado.

Devido a abrangência do tema, não há uma distinção exata entre princípios e objetivos. Entende-se que enquanto os objetivos podem ser considerados como as razões da norma, os princípios, nas lições Bandeira de Mello (2009, p. 53), são “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo para sua exata compreensão”.

Exemplos da ambivalência desses conceitos encontram-se nas próprias leis, uma vez que as disposições referentes à busca da melhor proposta para a administração e ao tratamento isonômico entre os licitantes são considerados como objetivos pelo RDC e como princípios pelo art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Já os princípios do RDC estão expressamente previstos no art. 3º do respectivo diploma legal, são eles: princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Muitos desses princípios são semelhantes com os princípios constitucionais gerais da Administração Pública, já tratados neste trabalho ou com os princípios específicos da Lei Geral de Licitações.

Haverá situações de contraposição entre eles, cuja solução consiste, não na exclusão de nenhum deles da ordem jurídica, mas de um adequado procedimento de ponderação, segundo o peso e importância de cada um (ESPÍNDOLA, 1999, p. 69-70).

Merece destaque o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, devido a sua contemporaneidade. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está previsto expressamente no texto constitucional, segundo o qual compete ao Poder Público, além da coletividade, defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desses direito, a Constituição atribui ao Poder Público diferentes obrigações e erigiu a defesa do meio ambiente como um dos princípios de orientação da atividade econômica nacional¹².

Nota-se que o próprio texto constitucional permite a possibilidade de o Estado conceder tratamento diferenciado a produtos e serviços em função do impacto ambiental gerado. Nesse sentido, a Lei nº 12.462/2011 alcançou à condição de princípio o desenvolvimento nacional sustentável.

Atualmente, os requisitos de sustentabilidade ambiental a serem observados nas contratações públicas da administração federal estão dispostos na Instrução Normativa nº 01/2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Por ser norma infralegal, a instrução não pode inovar originariamente na ordem jurídica, mas sim orientar o gestor de forma a compatibilizar a definição do objeto a ser licitado com a política ambiental do país.

Entretanto, é interessante agir de forma proporcional, evitando a colisão deste com os princípios da administração pública. Deve-se buscar sempre um meio termo que seja melhor para a finalidade pública.

Por fim, vale ressaltar quais as diretrizes estampadas na Lei. Segundo o art. 4º serão observadas as seguintes diretrizes nos contratos e licitações submetidos à Lei n. 12.462/11: (I) padronização do objeto da contratação; (II) padronização dos instrumentos convocatórios e minutas de contratos; (III) busca de maior vantagem para a Administração, considerando custas e benefícios, inclusive de natureza social e ambiental; (IV) condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável; (V) utilização, sempre que possível, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas locais, desde que não comprometa a eficiência na execução do objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado; e (VI) o parcelamento do objeto, sempre que viável.

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presente e futuras gerações [...].

Da análise dessas diretrizes, verifica-se uma nítida tendência de simplificar e agilizar o procedimento licitatório, mediante a busca de padronizações dos instrumentos convocatórios, minutas de contratos e especificações dos objetos das contratações (ZYMLER; DIOS, 2013, p. 32).

Com a análise dos objetivos e diretrizes conclui-se que a eficiência norteia as diretrizes e os objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Essa busca pela eficiência, Andrade e Veloso (2012, p. 42) ensinam, “parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de interesses coletivos qualificados pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis”.

A busca pela eficiência fica estampada nas inovações trazidas pelo novo regime, como a contratação integrada, contrato de eficiência a fase recursal única, que serão abordados em seguida.

Acerca dos objetivos e diretrizes do regime diferenciado de contratações públicas, Motta e Bicalho (2012, p. 71) discorrem que:

A se considerar tais ditames em seu conjunto, parece-nos que os objetivos e as diretrizes tradicionais não foram simplesmente repetidas no regime diferenciado, mas vieram potencializados por ferramentas criadas ou importadas de institutos típicos das delegações, destinadas a pôr em operação suas premissas e assim gerar-lhes uma perspectiva de efetividade prática e não apenas conceitual. Em outras palavras: ao vincular o objetivo da melhor relação entre custos e benefícios para o setor privado e uma diretriz detalhada dos parâmetros definidores da maior vantagem [...] e criar o mecanismo da remuneração variável vinculada ao desempenho, além do instituto do contrato de eficiência, a norma deixa entrever o caminho para uma concepção contemporânea das licitações e contratos, que pressupõe a obtenção de resultados positivos para a Administração expressos numa vantagem *concretamente* aferível (destaque do autor).

Conclui-se assim, que desde sua concepção, a lei teve o princípio da eficiência como norte das contratações submetidas ao RDC, e que, o diploma legal em questão foi além de apenas estabelecer princípios e objetivos, ele trouxe regras concretas para que se torne possível a consecução dos mesmos. Entretanto, não basta apenas a previsão legal no plano teórico, a Administração Pública precisa, de fato, seguir esses comandos quando da aplicação da lei, para que o objetivo maior buscado pelo legislador seja alcançado.

3.3 Principais inovações trazidas pela Lei 12.462/2011

O regime criado pela Lei nº 12.462/11 é um modelo paralelo de contratação em face da Lei nº 8.666/93. Isso se torna evidente quando a própria lei do RDC determina que

quando feita a opção pela utilização de suas regras ficam afastadas as normas tradicionais da Lei Geral de Licitações.

Dentre vários pontos novos e interessantes que foram trazidos com a lei, destacam-se aqui os que mais inovaram e delinearão as características deste novo regime. Vejamos.

3.3.1 O regime de contratação integrada

Na Lei Geral de Licitações, no seu art. 7º, existe a obrigatoriedade do projeto básico do objeto da licitação, sob pena de nulidade do certame e consequente responsabilização do agente público.

Nesse sentido, o projeto básico é a definição, a descrição prévia da obra a ser contratada. Com base em estudos técnicos preliminares avalia-se o impacto ambiental, a viabilidade técnica, o custo da obra ou serviço e o prazo para execução. Sendo assim é um poder-dever da Administração produzi-lo. Sendo imprescindível para a realização de qualquer obra pública.

O projeto básico resguarda a própria Administração Pública de atrasos em licitações, superfaturamentos, aditamentos contratuais desnecessários, modificações do projeto original, dentre outras possíveis ocorrências.

Ocorre que a Lei nº 12.462/2011 trouxe a chamada contratação integrada, sendo esta uma das mais relevantes inovações trazidas com o RDC. Prevista no art. 9º da Lei nº 12.462/2011 constitui um novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, através do qual o contratado fica incumbido não apenas da execução das obras e serviços, mas também das etapas prévias de elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo correspondentes.

Inicialmente, deve-se observar que a contratação integrada não é nova do ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto recebeu a consagração no Decreto nº 2.745/1998, que aprovou o chamado Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), amplamente utilizado por essa entidade estatal¹³.

Nesse sentido, nota-se que o legislador exigiu ainda mais do licitante, uma vez que autorizou que o projeto básico, que à luz do regime de licitações sempre foi

¹³ Apesar de o regulamento explicitamente prever a inclusão no objeto da contratação integrada da elaboração do projeto básico, o TCU tem entendido que mesmo para licitações sob este regime há de prevalecer a exigência de precedência de projeto básico completo ao desencadeamento da licitação (Plenário, Acórdão 2.094/2009)

obrigatoriamente promovido pela Administração, fosse agora realizados pelos particulares que participassem do certame (DAL POZZO, 2011, p. 53).

O edital respectivo somente deverá conter o anteprojeto de engenharia, o qual contempla os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, sendo vedada, em regra, a participação direta ou indireta, na correspondente licitação, da pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto de engenharia.

A grande crítica a esta nova modalidade contratual é exatamente esta “falta” de projeto básico na licitação. O argumento utilizado é o de que a falta do projeto básico inviabilizaria um julgamento objetivo das propostas e impossibilitaria a fiscalização dos trabalhos, uma vez celebrado o contrato.

Dal Pozzo (2011, p. 53), crítico desta forma de contratação, sustenta que se a Administração Pública deixar de estabelecer, de maneira completa, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que está pretendendo contratar, não haverá competição possível, pois, na verdade, estarão sendo oferecidas propostas para alguma coisa que não se sabe ao certo o que efetivamente é: trata-se de um pressuposto lógico do certame.

Em sentido contrário, Jurksaitis (2011, p. 02) afirma que esta crítica é falha, pois desconsidera que o edital para a contratação integrada deve conter um anteprojeto de engenharia, no qual estarão presentes as principais características do objeto que deverá ser entregue pelo contratado.

O autor destaca ainda o fato de que atualmente, um dos maiores problemas que a Administração enfrenta, à luz da Lei nº 8.666/93¹⁴, é o aditamento em contratos que tiveram seus projetos totalmente modificados já durante a execução. Pois de nada adiantaria existir um projeto básico e este ser constantemente modificado a cargo da Administração.

Nesse sentido, talvez possa a contratação integrada melhorar as contratações administrativas, desburocratizar o procedimento, e contribuir para o alcance de um custo benefício melhor, pois resumem-se as fases licitatórias em uma só, sendo sempre atrelada a um anteprojeto de engenharia.

Por fim, vale destacar que nas hipóteses em que a contratação integrada for adotada, é vedada, em regra, a celebração de termos aditivos aos contratos, com exceção para os casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito e força maior e por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor

¹⁴ Art. 9º, paragrafo 2, I, da lei 12.

adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erro ou omissão por parte do contratado¹⁵.

3.3.2 Sigilo do orçamento estimado

A Administração Pública, a luz dos princípios da moralidade administrativa e da publicidade, deve estimar o valor dos contratos que pretende celebrar, sejam eles precedidos ou não de licitação.

O orçamento estimado, também chamado de preço estimado, e uma referência, de uma estimativa prévia da Administração Pública do quanto ela planeja gastar com um determinado contrato que venha a ser celebrado, servindo para orientar os licitantes na formulação das propostas (NIEBUHR, 2007, p. 1065).

Nesse sentido, a Lei. 8.666/1993 determinou como sendo obrigatória a publicação do orçamento estimado, como documento anexo ao edital, conforme consta no 6º, IX, f, art. 7º, §2º, II e art. 40, §2º, II, da referida lei.

Entretanto, na Lei 12.462/11, permite e determina que o orçamento estimado só se torne público após o encerramento da licitação, conforme consta no art. 6º do diploma legal, vejamos:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação **será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.** (grifo nosso)

O fundamento deste dispositivo é impedir conluíus entre os licitantes. Estes, sabendo antes quais os valores orçados pela Administração, quais são seus valores de referência, poderiam acordar qual melhor preço a ser ofertado na proposta. A veiculação precedente do orçamento pode inibir a prática de descontos mais significativos, eis que os interessados têm incentivos para oferecer preços aproximados àquele que a Administração já estimou para a contratação (CAMMAROSANO, 2011, p. 35).

A não divulgação do orçamento estimado prévio evitaria exatamente a formação desses cartéis¹⁶ nos procedimentos licitatórios. Sobre o assunto Rezende (2011, p. 02) discorre que:

¹⁵ Art. 9º, § 4º da Lei 12.462/11

¹⁶ São os acordos comerciais que se efetivam entre empresas, organizadas em sindicatos para impor preços no mercado, cujos propósitos seriam acabar ou criar obstáculos à concorrência.

Em um mundo onde não haja corrupção dos agentes públicos, a manutenção do orçamento em sigilo pode funcionar como estratégia de combate à prática acima descrita. Com efeito, desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração, o licitante (mesmo na hipótese de combinação de preços pelo cartel) terá incentivos para reduzir o valor de sua proposta, sob o temor de vê-la desclassificada, o que redundará em margens maiores de desconto para o Poder Público, relativamente ao valor constante do orçamento.

A partir do momento que existe essa publicidade prévia do orçamento aos licitantes não há qualquer estímulo a que os interessados ofereçam valores significativamente mais baixos que o orçamento, ou seja, a Administração está destinada a pagar mais caro e a não se beneficiar dos ganhos de eficiência do contratado.

Enfatize-se que o orçamento deverá ser elaborado, pois é documento fundamental do certame, contudo, conforme mencionado, será mantido em sigilo até o encerramento da licitação, ou seja, até o ato de adjudicação do objeto, nos termos do art. 9º, do Decreto 7.581/2011.

A própria lei excepciona dois casos em que a apresentação do orçamento estimado juntamente com o instrumento convocatório é obrigatória: para quando o critério de julgamento adotado for o por “maior desconto” ou por “melhor técnica” ou por “conteúdo artístico”, neste último caso o valor do prêmio ou da remuneração deverão constar no edital.

Por fim, cabe ressaltar que essa restrição também é excetuada em face dos órgãos de controle interno e externo, como os Tribunais de Conta, o Ministério Público e, no âmbito federal, a Controladoria- Geral da União, os quais poderão ter acesso irrestrito e constante às informações inerentes à licitação, inclusive ao respectivo orçamento, mas aos quais, obviamente, se imputa o respectivo dever de sigilo (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 157).

3.3.3 Remuneração variável

No modelo tradicional da LGL, não se vincula a remuneração do particular aos resultados obtidos com a sua realização do contrato. Pelo contrário, o art. 55, III, da Lei 8.666/93 estabelece que todo o contrato deve conter cláusula que determinem “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”. Nesse sentido, Justen Filho (2009, p. 683) afirma que, em grande parte dos casos, o preço está predeterminado em termos exaustivos no instrumento contratual.

De forma diversa, o modelo de contratações adotado pelo RDC, seguindo a regra expressa no art. 10 da Lei nº 12.462/2011 e no art. 36, par 2º, do Decreto nº 7.581/2011, permite que na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, adote-se o sistema variável de remuneração vinculado ao desempenho do contratado, considerando metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental atendidos, bem como o cumprimento dos prazos de entrega estabelecidos no instrumento convocatório.

Portanto, constata-se que a opção legislativa adotada no RDC figura como inovação à regra geral aplicável aos contratos desta natureza, buscando sempre interpretá-la em atenção às normas e princípios do regime jurídico administrativo.

No art. 8º, XIV do mesmo diploma legal, por sua vez, prevê que deverão constar critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado no instrumento convocatório, bem como os requisitos da remuneração variável.

A finalidade deste dispositivo está intimamente vinculada à busca pela maior eficiência na contratação, sendo esta resultante direta da composição formada pela ampla e isonômica competição entre os particulares e a busca pela proposta que, incentivando a inovação tecnológica, melhor represente a relação custo benefício para o setor público (AURÉLIO, 2011, p. 64).

Alguns autores receberam essa inovação de forma positiva, acrescentando, ainda, que a medição não precisava se restringir somente aos aspectos quantitativos, mas também deveria abranger aspectos qualitativos (RIBEIRO; PRADO; PINTO JUNIOR, 2012, p. 77-78).

Já em sentido contrário, Motta e Bicalho (2012, p. 157) faz duras críticas ao subjetivismo entranhado neste dispositivo, questionando como pode caber ao contratado executar de modos diversos o projeto, e com isso executá-lo melhor ou pior, e assim receber variavelmente conforme o resultado de sua execução. Afirma que essas metas deveriam ser objetivas e expressas no edital.

Independente das divergências doutrinárias e com o intuito de promover uma fiel execução da intenção do legislador, esta forma de contratação deverá se dar sempre de maneira motivada, à luz do princípio do interesse público e respeitando o limite orçamentário vinculado à contratação. Assim, evita-se o subjetivismo nessa remuneração.

A utilização do referido instituto, desde que utilizada da maneira correta, será útil à Administração Pública, uma vez que se trata de uma nova ferramenta à disposição do ente público com o fim de otimizar os benefícios econômicos do Estado.

Fora a remuneração variável, existe um segundo mecanismo previsto na Lei 12.462/11 que vincula de alguma forma a remuneração do contratado à obtenção de um resultado futuro e incerto, é o contrato de eficiência.

Previsto no art. 23 do referido diploma legal, estabelece que por meio do contrato de eficiência, o contratado assume o dever de diminuir os gastos da Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada. Trata-se, portanto, de uma sistemática de contratação de risco, em que a remuneração devida ao particular, em termos absolutos, será tanto maior quanto mais relevante for a economia gerada para a Administração (SCHWIND, 2011, p. 05).

Caso o contratado não atinja a economia prevista no contrato, poderá sofrer algum desconto na remuneração ou até mesmo a aplicação de alguma multa, se for o caso.

O contrato de eficiência assemelha-se com contrato de risco, diferentemente do mecanismo da remuneração variável. Enquanto nesta o contratado pode ter um adicional ao seu pagamento se atingir as metas previamente estipuladas, nos contratos de eficiência há o dever do contratado em propiciar uma economia à Administração. Sua remuneração vincula-se a percentual do benefício obtido e, caso este não seja alcançado, poderá ter reduzida sua remuneração, ou ainda sofrer sanção por inexecução contratual.

Observa-se que ambos os institutos visam otimizar os gastos da Administração Pública, propiciando maior eficiência nos contratos firmados com os particulares. São mecanismos já usados, muitas vezes, nos contratos privados, que foram trazidos para as contratações públicas, exatamente para minimizar as perdas e maximizar os ganhos.

3.3.4 Da inversão de fases da licitação

Inicialmente, há que se destacar a importância da Administração seguir uma sucessão preordenada de atos e fases durante o procedimento licitatório. Estes ajudam a manter o controle do certame, respeitando a publicidade, a isonomia e a moralidade administrativa. A etapa subsequente fica condicionada à observância do cumprimento das fases anteriores.

Essa procedimentalização é pressuposto de validade da licitação. A fixação de critérios objetivos e a existência de um procedimento administrativo previamente estabelecido pela lei garante posição isonômica entre os concorrentes (LEFÈVRE, 2011, p. 03).

A Lei 12.462/11, em seu art. 12, determina as fases que o regime diferenciado de contratações deve seguir, vejamos:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

O procedimento tradicional, consubstanciado na Lei 8.666/93, por sua vez, segue uma ordem diferente, na qual a habilitação ocorre antes do julgamento das propostas, ou seja, o exame das propostas apresentadas pelos licitantes fica sujeito ao preenchimento dos requisitos da habilitação. Nesse sentido, o conteúdo das propostas ofertadas só será analisado caso seja verificado que o particular possui todas as condições do direito de licitar, preenchendo os requisitos prévios.

A referida inversão de fases, com a habilitação sendo feita posteriormente ao julgamento, é prevista também em outros diplomas legais anteriores ao RDC, são eles: a lei do pregão (Lei 10.520/2002); a lei de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004), sendo neste último uma faculdade da administração.

Todavia, na Lei 12.462/11, a inversão é obrigatória. Será exigida apenas do licitante vencedor a apresentação dos documentos de habilitação, caso a documentação apresentada seja insuficiente, promove-se a exclusão do vencedor e abre-se o envelope do segundo colocado, assim em diante. O procedimento será finalizando quando um licitante preencha todos as exigências documentais previstas na lei e no instrumento convocatório.

Sobre o assunto, Lefèvre (2011, p. 05) faz um comparativo entre o modelo tradicional e o novo regime:

Na Lei 8.666, a ordem das fases tem por objetivo evitar que o conhecimento dos termos da proposta faça com que a Administração seja mais tolerante no que diz respeito ao exame dos requisitos de habilitação do licitante. Parte-se do pressuposto de que o a ciência acerca do conteúdo da proposta pode acarretar a conivência da Administração quanto a eventuais incompletudes e defeitos na documentação apresentada pelo particular. Por conta disso, definiu-se que a fase de habilitação deveria ser anterior ao julgamento das propostas. A inversão das fases da licitação, na medida em que dispensa a análise da documentação de todos os particulares interessados em contratar com a Administração, possibilitando o exame apenas dos documentos do licitante provisoriamente declarado vencedor, certamente confere maior celeridade ao procedimento.

Este dispositivo corrobora com toda a intenção maior da lei que instituiu o RDC, qual seja, proporcionar maior celeridade e eficiência as contratações públicas. Pois uma vez que a habilitação é uma das etapas mais complexas e demoradas do procedimento licitatório, racional que se analise previamente as propostas, pois se reduziria o número de habilitações a ser examinadas.

Excepcionalmente, a Administração Pública somente poderá afastar a inversão de fases, caso esta previsão esteja expressamente contida no instrumento convocatório e desde que demonstre, com a devida justificação, a inadequação ao caso concreto.

3.3.5 Da fase recursal única

A Lei 8.666/93 permite a interposição de recursos durante o procedimento licitatório, podendo ocorrer logo após cada decisão administrativa. Se, por um lado, essa disposição está fundada nos princípios do contraditório e da ampla defesa, por outro, ela pode diminuir a celeridade da licitação.

Já na Lei 12.462/2011, em regra, existirá uma fase recursal única para o julgamento de todos os recursos interpostos pelos interessados. Com base no art. 12, IV e no art. 27 do referido diploma legal, a fase de recursos se iniciará após a conclusão das fases de julgamento das propostas ou lances de habilitação. Ou seja, qualquer problema que eventualmente tenha ocorrido deverá ser manifestado em momento oportuno único.

Esse regime aplica-se somente nas hipóteses em que a habilitação ocorrer após o julgamento, nesses casos a fase recursal única ocorrerá após a habilitação do licitante que vencer a licitação. Nos casos excepcionais do RDC, quando a habilitação é antes das propostas, permanece a regra da Lei 8.666/93. Este modelo é semelhante ao previsto na modalidade pregão (Lei nº 10.520), uma vez que nesta modalidade também se verifica a proposta antes da habilitação dos licitantes.

Na prática, os processualistas, defendem que uma das formas de se tornar o processo mais célere é diminuindo a possibilidade de recursos cabíveis. Essa foi justamente a intenção do legislador ao estabelecer a fase recursal única no RDC (ROMERO, 2012, p. 02).

Ocorre que, a adoção de apenas uma fase recursal única não é suficiente para garantir a efetiva melhora na celeridade dos certames licitatórios. A verificação prática da norma se mostra, em alguns casos, desastrosa, exigindo a repetição de atos e um grande retrocesso no procedimento, o que pode atrasar ainda mais o processo (SOUZA, 2011, p. 103).

O autor afirma ainda que ao determinar que os recursos sejam interpostos somente ao final do procedimento licitatório, a Administração se coloca em uma situação, um tanto quanto, complicada. Pois de um lado tem a necessidade de se realizar o interesse público por meio da celebração do contrato, por outro, uma possível irregularidade no procedimento pode exigir o seu refazimento integral, ou seja, tudo recomençaria.

Em contrapartida, quando inexistem problemas na fase inicial do processo, o novo procedimento recursal mostra-se bem mais vantajoso, uma vez que o certame poderá fluir com mais facilidade, sem precisar ser interrompido em momentos diferentes.

Sobre a possibilidade de o instituto violar os princípios do contraditório e da ampla defesa, Justen Filho (2009, p. 205), ao analisar a Lei do Pregão, a qual adotou modalidade semelhante de recursos, esclarece que:

O modelo adotado não infringe os princípios jurídicos pertinentes, desde que respeitadas certas precauções. Determinar que os recursos serão interpostos ao final do procedimento não equivale a suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos. Não significa negativa dos direitos à ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão-somente, à concentração na etapa final do processo de todos os atos praticados anteriormente. Dito de outro modo, adotou-se sistemática peculiar acerca da preclusão. Como não há oportunidade de impugnação individualizada para cada ato administrativo, a faculdade de insurgência não preclui.

A Lei não suprime a possibilidade de recurso, ela somente determina um único momento o qual eles poderão ser interpostos, visando maior eficiência e celeridade ao processo. Obviamente, a busca pela eficiência não pode ultrapassar e/ou mitigar a observância do princípio da legalidade.

4 NOVOS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como abordado no capítulo anterior, a Lei nº 12.462/2011 trouxe várias inovações ao prever o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, algumas, inclusive proibidas pela Lei nº 8.666/93 (Lei Geral das Licitações Públicas), com a finalidade de desburocratizar as contratações públicas, tornando-as mais céleres e eficientes.

Contudo, apesar de em um primeiro momento o procedimento soar ser um modelo positivo, ainda há duros entraves sobre ser, realmente, eficiente ou se na verdade se trata apenas de um novo procedimento que visa burlar e escapar das regras duras do procedimento tradicional, seja pela má-fé do administrador, ou seja, pela falta de planejamento da Administração Pública.

4.1 A expansão da incidência do RDC e a falta de planejamento

Originalmente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi proposto para aumentar a celeridade nas contratações públicas, em virtude da proximidade da chegada de grandes eventos esportivos, os quais demandavam um número significativo de contratações. Nesse sentido, a lei, inicialmente foi proposta para os seguintes fins, conforme a redação original do 1º da Lei nº 12.462/11:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Além dessa limitação subjetiva, o próprio objeto da lei não deixa também de explicitar uma limitação temporal para a aplicação do novo regime nessas situações, uma vez que, a priori, delimita-se aos grandes eventos esportivos.

Sobre o limite temporal do regime, Dal Pozzo (2011, p. 43), afirma que o RDC teria dia para nascer e dia para morrer, pois a medida que este se estende vai, aos poucos, esvaziando-se a Lei nº 8.666/11.

No mesmo sentido, os autores Andrade e Veloso (2012, p. 27) afirmam que o RDC deveria ser “excepcional e transitório, facultativamente aplicável às licitações e contratos no âmbito da Administração Pública brasileira”.

Contudo, após os resultados iniciais da aplicação deste novo regime, o legislador optou por estendê-lo a outros ramos, como para o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)¹⁷, para as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino do Sistema Único de Saúde-SUS, para as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia dos sistemas públicos de ensino e para a reforma de estabelecimentos penais.

A primeira alteração ocorreu com a Lei nº 12.688/2012, que acrescentou o inciso IV no art. 1º da Lei do RDC, tornando possível sua aplicação às obras do PAC. Em seguida a Lei nº 12.722/1278 adicionou o parágrafo 3º ao art. 1º da Lei do RDC permitindo o uso deste regime para as obras e serviços de engenharia no ramo dos sistemas públicos de ensino. Depois veio a Lei nº 12.745/2012 que acrescentou o quinto inciso ao caput do art. 1º da Lei do RDC, permitindo a expansão para o SUS. Por fim a lei 12.980/2014 acrescentou a possibilidade de utilização do RDC para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais.

Em defesa dessa expansão, Moreira e Guimarães (2012, p. 243) consideram o RDC mais eficiente que a Lei 8.666, “muito embora o RDC tenha sido lançado como um balão de ensaio para a Copa e a Olimpíada, a lógica dele não tem mais volta, porque é mais rápido e tende a diminuir o volume de litigiosidade”.

Nota-se a adoção cada vez maior da Administração Pública ao regime do RDC, tendo este se tornando a regra em muitas contratações.

Quando da aprovação da Medida Provisória 630 (posteriormente convertida na lei nº 12.980/2014), surgiu uma proposta de emenda com o intuito de estender o modelo do RDC a todas as contratações de obras da União, Estados e municípios. A emenda foi apresentada pela senadora e ex-ministra da casa Civil Gleisi Hoffmann (PT-PR).

¹⁷ O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) foi lançado pelo Poder Executivo em 22 de janeiro de 2007, mediante o Decreto nº 6.025/2007, e compreende um conjunto de ações com vistas a promover o crescimento econômico brasileiro.

No dia 18 de maio de 2014, durante discussão realizada pela Comissão Mista que analisa o tema, alguns parlamentares da oposição fizeram fortes ataques à proposta, afirmando que estavam tentando propor o “sepultamento” da lei geral de licitações.

O texto original da Medida Provisória 630, que permite a ampliação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) apenas para construção e reforma de presídios, foi aprovado no dia 20 de maio de 2014 pelo Senado. Dessa forma, o projeto de emenda encabeçado pela senadora Gleisi Hoffmann, que pretendia expandir o uso do RDC a todas as obras contratadas pela União, estados, Distrito Federal e municípios, foi rejeitado¹⁸.

O texto de autoria da senadora, levado a plenário, previa que todas as obras públicas poderiam ser submetidas ao RDC e suas especificidades. Entretanto, a senadora aceitou um acordo com a também senadora Kátia Abreu (PMDB-TO), relatora da proposta de revisão da Lei Geral de Licitações, para que sua proposta seja apreciada no âmbito da reforma da Lei 8.666/1993 (O GLOBO, 2014)¹⁹.

Dessa forma, a atual redação do art. 1º da Lei do RDC é a seguinte:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

¹⁸ Informações obtidas pela notícia veiculada no Jornal “Folha de São Paulo”, no dia 06 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/189251-expansão-novo-regime-agilizou-as-obras-mas-e-alvo-de-criticas.shtml>>. Acesso em: 10/11/2014.

¹⁹ Retirado da notícia veiculada no site do jornal “O Globo”, do dia 20 de maio de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/governo-derrotado-senado-aprova-texto-original-que-institui-rdc-12545403>>. Acesso em: 10/11/2014.

Diante das constantes mudanças efetuadas pelo Congresso Nacional, faz-se necessário uma análise acerca da discussão sobre a eventual falta de planejamento da Administração Pública para a execução de grandes eventos.

Não tem como se falar em Administração Pública, sem mencionar a importância do planejamento para a fiel consecução de seus objetivos. Autor conhecido no ramo da Administração Geral, Idalberto Chiavenato (2013, p. 337) define o que seria o planejamento:

Planejamento é a função administrativa que define objetivos e decide sobre os recursos e as tarefas necessários para alcançá-los adequadamente. Como principal decorrência do planejamento estão os planos, que facilitam a organização no alcance de suas metas e objetivos. Além disso, os planos funcionam como guias ou balizamentos.

No âmbito das licitações, verifica-se que para que estas atinjam seu objetivo principal, qual seja a seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público, é necessário que haja planejamento, organização, administração de gastos, orientar e controlar suas necessidades com antecedência.

Nesse contexto, no que tange aos grandes eventos esportivos, verifica-se o seguinte dado: o anúncio da escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 foi feito em 2007 pela FIFA, há exatos 07 anos, tempo hábil para se realizar todas as obras e ajustes solicitados pela FIFA através do regime tradicional da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, a medida que a Copa do Mundo de 2014 foi se aproximando e muitas obras e serviços de engenharia sequer tinham sido começados a ser realizados, o legislador optou por criar o regime diferenciado de contratações públicas, com o intuito inicial de acelerar essas obras sob a constante ameaça da não realização do evento diante da incapacidade do Brasil em atender às demandas decorrentes da realização de um evento desta dimensão.

Nas obras listadas como essenciais à realização dos eventos de 2014 e 2016 quase 70% delas, oito capitais, até 2011 (ano de surgimento do RDC) sequer tinham sido iniciadas. Em muitas delas, nem mesmo existia projeto contratado ou em desenvolvimento²⁰.

Muito se questiona o porquê de não terem usado a própria Lei nº 8.666/93 para se realizar as contratações necessárias para esses eventos, alegando ter sido a Lei do RDC a prova da falta de planejamento da Administração (SALAZAR, 2014, p. 01).

Ocorre que a Lei nº 12.462/11 não foi criada apenas em função da falta de planejamento estatal, uma vez que seu uso abrange também eventos mais longínquos (a época

²⁰ Levantamento de 2011 feito pelo Sindicato de Arquitetura e da Engenharia. Disponível em: <<http://www.portal2014.org.br/noticias/8009>>. Acesso em: 20 de nov. de 2014.

de sua criação) como os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, os quais só vão acontecer 05 anos após a criação da Lei. Ou seja, a Lei do RDC também será aplicada para casos em que existe tempo hábil para o planejamento.

No mesmo sentido, vale destacar que apesar da lei ter sido criada inicialmente visando atender a estes grandes eventos esportivos, ela já foi expandida para outros setores, conforme já mencionado. Hoje ela é utilizada também no âmbito do SUS e PAC, por exemplo, demonstrando não a falta de planejamento, mas a busca por contratações mais eficientes.

Conclui-se, desse modo, que ainda que o RDC passe a ser a regra isso não resolverá o problema se a Administração não passar a planejar e organizar melhor a celebração desses contratos, independentemente do regime a ser utilizado. Tanto que, mesmo com o RDC o Brasil não conseguiu concluir todas as obras previstas para a Copa do Mundo, realizada neste ano, como será abordado em seguida.

4.2 As alegações de (In)Constitucionalidade

Conforme foi demonstrado, a Lei do RDC trouxe muitas novidades para o ordenamento jurídico, no que tange a matéria de licitação. Muitas delas geraram polêmicas e discussões na doutrina, por essa razão, com pouco tempo de vida, já foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A primeira, ADI 4645, de autoria dos partidos PSDB, DEM e PPS e, a segunda, ADI 4655, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR). Ambas defendem haver vícios formais e matérias na Lei nº 12.462/2011.

Na ADI 4655, Roberto Gurgel, PGR, apresenta dois argumentos ao pedir a concessão de liminar para suspender a eficácia da norma até o julgamento definitivo da ação. Segundo ele, se as licitações e contratações das obras forem realizadas da maneira regulada na Lei do RDC haveria real comprometimento do patrimônio público (ADI nº 4655, 2011, p.33).

Em defesa da constitucionalidade do regime diferenciado de contratações públicas, Jursaits (2011, p.02) afirma que a maioria do que se alega contra o RDC é fruto de puro preconceito, grande parte por achar que a única maneira de licitar com o intuito de evitar a corrupção é através da Lei nº 8.666/93.

Avançando na discussão, analisam-se os pontos questionados na Lei do RDC.

Conforme já explanado, a Lei do RDC surgiu através de uma emenda à Medida Provisória nº 527, a qual tinha como objetivo inicial a modificação organizacional dos órgãos

da Presidência da República e dos Ministérios assim como mudanças no setor da aviação. O texto pertinente ao RDC somente fora acrescentado após o prazo para a apresentação de emendas pelos parlamentares.

Por conta disso, aponta-se a sua inconstitucionalidade formal, uma vez que a inclusão do RDC em uma medida provisória sem a devida pertinência temática²¹ violaria o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes, uma vez que a iniciativa para editar MP é exclusiva do Presidente da República.

Nesse sentido o Procurador Geral da República, Roberto Gurgel (2011, p.30) sustentou o seguinte:

Portanto, como a Lei 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pelo presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida.

A medida provisória, originariamente tratava sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, criação da Secretaria da Aviação Civil, alteração da lei da ANAC e da Infraero, criação de cargos em comissão bem como a contratação de controladores de tráfego aéreo. Ou seja, não se verifica, de fato, a devida pertinência temática.

Em defesa da constitucionalidade da introdução do RDC no ordenamento jurídico brasileiro, Murício Zockun afirma que inicialmente tentou-se introduzir o RDC em duas outras medidas provisórias, nº 488 e nº 489, as quais tinham pertinência com o assunto, contudo por perda do prazo elas não foram votadas a tempo. Nesse contexto, ele defende que o RDC corretamente valeu-se do processo legislativo de conversão da MP para dispor sobre o tema. Logo, não deveria se colocar em pauta a validade da utilização da MP para tratar do RDC, este foi introduzido na ordem jurídica através de lei formal e material que deu existência jurídica ao Regime Diferenciado de Contratação, valendo-se, em sua concepção, do processo legislativo do art. 62 da CF (ZOCKUN, 2011, p. 18).

No decorrer da ADI 4655, o procurador geral, sustenta ainda, que os dispositivos da Lei 12.462/11 são inconstitucionais porque ferem os balizamentos que necessariamente devem ser observados pelas normas infraconstitucionais que regulam as licitações e os contratos administrativos no país.

Afirma que de acordo com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições

²¹ Vide item 2.1 do capítulo 2.

a todos os concorrentes. Segundo ele, essa regra não é respeitada na Lei 12.462/11 porque a norma não determina parâmetros mínimos para identificar as obras, os serviços e as compras que deverão ser realizadas por meio do RDC (GURGEL, 2011, p. 31).

As ações diretas de inconstitucionalidade questionam também os vícios materiais da Lei nº 12.462, em especial aos dispositivos que tratam da contratação integrada, do sigilo do orçamento estimado, da remuneração variável e da publicação do instrumento convocatório.

No que tange a contratação integrada²², prevista no art.8º, IV, e no art. 9º da lei, alega-se que este dispositivo fere os objetivos essenciais de qualquer licitação, pois concentram em um único contratante a elaboração do projeto e a execução, ferindo a competitividade do certame.

Roberto Gurgel (2011, p. 20) sustenta que a definição prévia do objeto tem ligação direta com o princípio da isonomia dos concorrentes, uma vez que a partir dele é que se pode comparar objetivamente as propostas. Através deste dispositivo a definição das características e do valor das obras contratadas somente se dará após a assinatura do contrato e após a realização do projeto básico pelo contratado, ou seja, não haveria parâmetro anterior

Jurksaits (2011, p. 02) defende que esta crítica merece reparos, pois desconsidera a existência da exigência de um anteprojeto de engenharia, no qual deverão estar presentes as principais características do objeto a ser contratado. Ele deverá ser publicado em anexo ao edital do certame.

Mais um ponto questionado deste regime diferenciado (somente pela ADI 4645) diz respeito ao sigilo do orçamento estimado²³, segundo o qual o orçamento previamente estipulado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação. Antes disso, somente os órgãos de controle interno e externo é que poderão ter acesso ao orçamento estimado na contratação.

O principal argumento acerca da sua inconstitucionalidade tem fundamento na violação ao princípio da publicidade²⁴, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Contudo, a maioria da doutrina entende pela constitucionalidade deste dispositivo, pois a própria Constituição Federal²⁵ excepciona a publicidade para os casos em que “o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e Estado”.

²² Vide item 2.3.1 do capítulo 2.

²³ Vide item 2.3.2 no capítulo 02.

²⁴ Vide item 1.2.1 no capítulo 01.

²⁵ Art. 5º, inciso XXXIII da CF.

A constitucionalidade do sigilo do orçamento estimado também é defendida por Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012, p. 71):

[...] não há de se falar em ferimento ao princípio da publicidade, pois o sigilo é apenas temporário e assim se faz para atender a outro princípio, igualmente constitucional, qual seja, o da eficiência, pois a regra tende a gerar contratações ,mais vantajosas para a Administração, desde que, evidentemente, o sigilo seja efetivamente mantido.

Nesse mesmo sentido, o procurador-geral da República (PGR), ao ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655 junto ao Supremo Tribunal Federal, não incluiu entre os dispositivos atacados o mencionado artigo 6º, comungando com o entendimento acima exposto.

Outro aspecto questionado diz respeito à remuneração variável²⁶, prevista no art. 10º da Lei do RDC. A lei autoriza que a retribuição paga pelos entes contratantes possa variar em função do desempenho da contratada com base em critérios fixados pela própria lei.

A alegação de inconstitucionalidade é baseada na violação aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, presentes no art. 37 da CF. Afirma-se não ser condizente com os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade deixar ao gestor público a opção sobre os valores a serem pagos aos contratados. Pois nesse sentido ao invés de estimular a eficiência dos contratos, “fomentará relações promiscuas entre o público e o privado” (ADI nº 4645, 211, p. 33).

No que tange a inconstitucionalidade da publicação do edital, a ADI nº 4645 questiona o fato de ser possibilitado a dispensa da publicação do instrumento convocatório em diário oficial, mandando apenas a publicação em sítio eletrônico, se o valor da contratação for inferior a R\$ 150.000,00 para obras e a R\$ 80.000,00 para bens e serviços²⁷.

O PSDB, DEM, PPS fundamentam o pedido de inconstitucionalidade principalmente na violação ao princípio da publicidade, vejamos:

Há, entretanto, uma diferença fundamental que não pode passar despercebida. É que a publicação virtual, na rede mundial de computadores, é por natureza efêmera e instável e, por conseguinte, não se presta à plena efetivação do princípio constitucional da publicidade. [...]

Ao contrário da internet, onde tudo é volátil e instável, a publicação oficial impressa oferece registro definitivo, seguro e indelével dos atos oficiais, características de grande importância para assegurar a transparência fiscal dos atos públicos, bem como a possibilidade de que venham a sujeitar-se ao controle social, inclusive *a posteriori*.

²⁶ Vide item 2.3.3 no capítulo 02.

²⁷ Art. 15, § 1º e 2º da Lei nº 12.462/11.

Nesse diapasão, ao mitigar a publicidade dos atos a que se refere à norma do §2º do art. 15 põe em risco também a moralidade administrativa [...] (ADI nº 464, 2011, p. 44).

Ocorre que na atualidade a preferência pela publicação no meio eletrônico é uma tendência, uma vez que torna o processo mais célere e eficiente, como já ocorre na modalidade do pregão. O que a Administração Pública não pode deixar de fazer é fornecer meios para que o cidadão interessado consulte este sítio eletrônico, disponibilizando computadores, por exemplo, uma vez que existem regiões no Brasil sem acesso aos meios eletrônicos necessários.

Apesar de todas as inconstitucionalidades alegadas da Lei 22.462/11, vale destacar que as ações ainda estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, e enquanto isso, a legislação encontra-se vigente e produzindo todos os efeitos legais.

4.3 Os resultados obtidos pela Lei do RDC

Conforme exposto, a Lei nº 12.462/2011 continua produzindo seus efeitos e foi usada em muitas obras e serviços de engenharia realizados para a Copa do Mundo que ocorreu no Brasil neste ano de 2014. Ocorre que, os especialistas discutem e divergem sobre se na prática a lei realmente trouxe vantagens para a Administração Pública. Analisam-se agora alguns dados sobre as contratações realizadas através do RDC.

Em uma análise feita pelo sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco), realizada em Maio de 2014, tem-se um panorama acerca do uso do RDC nas obras da Copa do Mundo, vejamos:

Figura 1 – Aeroporto, mobilidade e entorno – o RDC e a Copa.

Tipo de ações	Obras	Contratos	Total contratado	Percentual de Investimentos	Entregues	Percentual: entregue x previsto (investimento total)
Ações sem RDC	55	174	R\$ 12.436.446.540,86	80,21%	R\$ 4.412.956.496,68	28,46%
Ações com RDC	20	42	R\$ 3.067.895.366,64	19,79%	R\$ 41.103.503,32	0,27%
Total	75	216	R\$ 15.504.341.907,50	100,00%	R\$ 4.454.060.000,00	28,73%

Fonte: relatório do Sinaenco baseado nas informações do Portal da Transparência e da Infraero. Disponível em <<http://www.portal2014.org.br/midia/site/1-13052014172546-tabelas%20RDC.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2014.

Conforme os dados expostos acima, o Sinaenco defende veemente que o RDC foi um verdadeiro fracasso na execução das obras da Copa do Mundo, isto porque somente 0,27% das obras e contratos via RDC foram entregues em tempo hábil. Nesse mesmo relatório, o sindicato afirma que apenas 38% do total de obras previstas na Matriz de Responsabilidade (93 obras) para a realização da Copa do Mundo no Brasil e contratadas pelo Regime Diferenciado de Contratações foram entregues a 30 dias do início da Copa.

No setor aeroportuário, do total de 30 diferentes modalidades de obras, que somam investimentos de R\$ 7,9 bilhões, 11 empreendimentos foram contratados via RDC, correspondente a R\$ 1 bilhão (ou 13% do total). Essas 11 ações abrangem sete aeroportos (Belo Horizonte (Confins), Cuiabá, Curitiba, Fortaleza, Manaus, Rio de Janeiro e Salvador). A um mês da copa, o levantamento apontou que somente os contratos referentes a “serviços técnicos de apoio à Infraero”; “ampliação de pátio de estacionamento de aeronaves” e “construção da torre de controle” do aeroporto da capital baiana foram concluídos, somando R\$ 32 milhões, o equivalente a 0,41% do gasto total em aeroportos.

Em relação a esta análise, o presidente da Sinaenco, João Alberto Viol, critica o uso da contratação integrada e afirma ter sido ela o motivo dos atrasos, pois o governo ganha tempo na concorrência, mas não sabe direito o que contratou, “se o projeto contratado pelo menor preço for malfeito, a obra certamente vai atrasar. No fim o Poder Pública vai pagar mais, porque os trabalhos, tanto o projeto quanto a própria execução da obra, terão de ser refeitos”.

No mesmo sentido, o arquiteto Gilson Paranhos, assessor para assuntos institucionais do Conselho de Arquitetura e Urbanismo, afirma que o motivo do fracasso nas obras da copa teria ainda outro agravante, qual seja, segundo ele o regime emergencial abre brechas para superfaturamentos ao permitir que, no caso de obras licitadas apenas com base nos anteprojetos as próprias construtoras encarreguem-se da conclusão dos projetos (MÁXIMO, 2014, p. 01).

Na conclusão deste levantamento, o Sinaenco afirma que a Administração quis abdicar do seu dever de planejar e administrar as obras públicas, jogando a responsabilidade de todo o empreendimento para a empresa contratada (Jornal Circuito Mato Grosso, 2014).

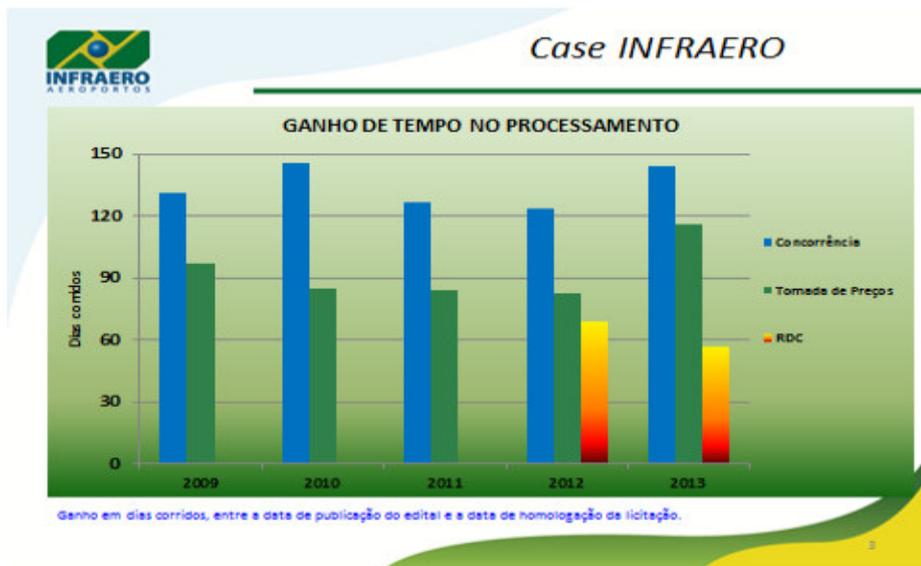
Ocorre que, boa parte da mídia entende que não se pode atribuir ao RDC o “fracasso” das construções para a Copa do Mundo. Uma vez que este só foi instituído em 04 de agosto de 2011 através da Lei nº 12.462/2011, dois anos antes do evento. Ele não seria a solução para se resolver a ineficiência da Administração em ter organizado obras dessa magnitude com maior antecedência (Revista Época Negócios Virtual, p. 01, 2014).

O governo, na pessoa do diretor de Infraestrutura e Logística da Secretária do PAC, Marcelo Bruto (2013, p.01) afirmou o seguinte:

A primeira avaliação que o governo tem, com quase um ano da extensão do RDC ao PAC, é que houve um ganho muito grande em termos de agilidade e redução de burocracia em termos de licitações. O Dnit, para dar um exemplo, trabalhava com licitações que chegavam a durar na faixa de 280 dias. Hoje, tem durado na faixa de 80 dias. Isso sem se perder em qualidade na contratação, ao nosso ver .

Nesse mesmo sentido, em planilha explicativa sobre o RDC, a Infraero (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária), demonstrou o quanto o RDC diminuiu o tempo das obras, vejamos:

Figura 2 – Análise da Infraero



Conforme se extrai da tabela publicada, houve um ganho de tempo de 44,4%, entre a publicação do edital e a homologação, se comparados os procedimentos licitatórios processados entre o RDC e a Concorrência Pública.

Observa-se, portanto, divergência de opiniões acerca do resultado prático do RDC e suas vantagens. Entretanto, com base somente nos dados levantados pelo Sinaenco não se pode atribuir o fracasso do RDC. Este, quando utilizado com o devido planejamento, se mostra hábil a realizar seu objetivo, qual seja tornar o procedimento licitatório mais célere e eficiente.

Eventuais desvios de condutas dos agentes públicos devem ser punidos pelos órgãos competentes, mas não se pode presumir que um instrumento, que tem por finalidade a

persecução do interesse público, de forma otimizada e eficiente, seja “taxado” como violador de princípios básicos do direito administrativo, por presumir-se que vão ocorrer burlas quando de sua execução.

Sabe-se, é claro, que a busca pela eficiência no serviço público não pode servir de manto para acobertar intenções ilegítimas da administração pública. Porém, da leitura da lei instituidora do RDC, observa-se, à primeira vista, que é uma lei voltada à celeridade e eficiência quando da execução das obras públicas, sempre buscando respeitar os demais princípios que regem a administração pública.

Ocorre que um país da dimensão do Brasil, que tem precariedade na prestação dos serviços públicos em todos os setores, volta e meia precisa da realização de grandes obras públicas, com o fim de melhorá-los. E, assim, é inevitável que tais obras envolvam o gasto de muito dinheiro. Da mesma forma, grandes eventos trazem consigo a necessidade não só de grandes obras para a realização do evento em si, mas também para otimizar a sua realização, faz-se necessário a realização de obras públicas em setores que serão diretamente atingidos pela realização do evento (ex.: transporte público), bem como outros setores que serão atingidos reflexamente.

Logo, sendo inevitáveis os altos gastos com obras públicas num país com necessidades prementes como o Brasil, é preciso que os órgãos de fiscalização se desincumbam dos seus deveres, bem como a administração pública dê estrutura a esses órgãos de fiscalização, para que assim possam exercer suas funções com eficiência.

A título de exemplo, temos o TCU (ou os TCE’s nos estados), Ministério Público Federal e Estadual, Polícia Civil etc., órgãos que, por determinação constitucional, têm por dever a investigação e a busca pela punição daqueles que eventualmente cometam qualquer ilícito envolvendo o mal gasto do dinheiro público.

O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União é um dos mais importantes mecanismos jurídicos de controle da atividade administrativa destinados a verificar a regularidade dos atos administrativos e a reprimir os desvios ocorridos. Desenvolve um trabalho extremamente importante na identificação da irregularidade e na orientação prévia, atuando de forma dinâmica na antecipação do gasto público inadequado.

Não se mostra razoável, num país com a dimensão do Brasil (tanto territorialmente como do ponto de vista econômico), com grande potencial de crescimento, ficar preso a formalidades apenas por haver presunções de que poderá haver desvio de recursos públicos. É óbvio que, havendo desrespeito aos princípios básicos de gestão da administração pública (que envolve diretamente o patrimônio público), não é possível que a

formalidade seja afastada. Mas, aos menos até então, não há qualquer prova efetiva de que tais princípios estão sendo violados pela lei instituidora da RDC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As licitações públicas regulamentadas pela Lei 8.666/11 são de crucial importância para a fiel consecução do interesse público nas contratações realizadas pela Administração Pública, conforme foi demonstrado na presente monografia.

Ocorre que após vinte anos em vigor a lei sofreu inúmeras críticas por conta da burocracia em excesso, pela demora na conclusão dos certames e pela própria dificuldade em se compreender determinados pontos do texto da lei.

Nesse contexto e com o estopim da aproximação da realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 e o atraso nas obras, o legislador, alegando urgência criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 12.462/2011.

Criado com a precípua finalidade de tornar as contratações públicas mais ágeis e eficientes, notadamente aquelas relativas aos eventos esportivos os quais o Brasil iria sediar o regime, já nasceu em meio a polêmicas e controvérsias, uma vez que foi objeto de uma emenda a uma Medida Provisória sem a devida pertinência temática com o assunto.

Surgiram então, várias discussões acerca da inconstitucionalidade da lei, as quais deram sede ao ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei 12.462/11 que ainda não foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal.

Os pontos da lei que mais atingiram a doutrina tradicional foram sobre a contratação integrada, a remuneração vulnerável, o contrato de eficiência e a preferência pela publicação eletrônica. Sobre este último, por exemplo, a lei optou por publicar (a depender do valor das obras e serviços de engenharia) o edital em meio eletrônico e não mais no Diário Oficial da União.

Ora, no mundo atual, moderno e sempre conectado, é de inteira compreensão a opção adotada pelo legislador para promover mais celeridade ao certame. No entanto, a Administração deve prover meios para que todos tenham acesso a este edital.

Questiona-se também a possibilidade da lei ter servido somente para preencher o problema da falta de planejamento da Administração Pública em se organizar e realizar as obras através da própria Lei 8.666/93 já em vigor.

Nesse contexto, a monografia buscou demonstrar que o RDC inseriu inovações positivas no campo das contratações públicas, buscando sanar falhas da Lei Geral das Licitações e promover maior eficiência e redução dos gastos públicos. Trouxe elementos

comumente usados nos contratos privados para acelerar e otimizar as contratações no âmbito público.

Não se mostra razoável, num país com a dimensão do Brasil, com grande potencial de crescimento, ficar preso a formalidades apenas por haver presunções de que poderá haver desvio de recursos públicos. Obviamente que, havendo desrespeito aos princípios básicos de gestão da administração pública, os quais envolvem diretamente o patrimônio público, não é possível que a formalidade seja afastada.

Deve existir a devida fiscalização dos órgãos de controle, os quais não devem se eximir do dever de fiscalização e punição. Ao menos até então, não há qualquer prova efetiva de que tais princípios estão sendo violados pela lei instituidora da RDC.

De fato, houve falta de planejamento da Administração Pública no tocante às obras que o Brasil se comprometeu e entregar para a realização da Copa do Mundo neste ano. Contudo, não se pode atribuir o insucesso da lei ao problema ocorrido na Copa do Mundo.

O problema não reside na lei em si, mas sim na maneira com que os gestores pecam com a falta de planejamento organizacional, com a forma que eles tentam se aproveitar de qualquer possível brecha existente na lei e também na má-fé das próprias empresas contratadas, as quais tentam usufruir do dinheiro público, incluindo no contrato itens, muitas vezes, desnecessários.

Entende-se que a busca pela eficiência no serviço público não pode servir de manto para acobertar intenções ilegítimas da administração pública. Porém, da leitura da lei instituidora do RDC, observa-se que a lei é voltada à celeridade e à eficiência quando da execução das obras públicas, sempre buscando respeitar os demais princípios que regem a administração pública, tanto que nos últimos anos tem se tornado a regra para as contratações em determinados setores.

Por fim, almeja-se que com o julgamento da reforma da Lei 8.666/93 as mudanças trazidas pelo RDC possam ser incorporadas ao regime geral, e este volte a ser a regra nas contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11):** aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59-74.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 out.2014.

BRASIL. **Lei n. 12.462,** de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 24 out.2014.

BRASIL. **Lei n. 8.666,** de 22 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 24 out.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 25 de nov. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 25 de nov. de 2014.

BRUTO, Marcelo. Notícias da Câmara Legislativa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/transporte-etrannsito/443022-rdc-empresas-e-governo-divergem-sobre-resultados-do-regime-de-contratacoes.html>>. Data: 21/05/2013, Acesso: 25 de nov. de 2014.

CAMMAROSANO, Márcio; 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p 36.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública:** provas e concursos. 3. ed., 875p., 2013.

DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/11; Decreto 7.581/11);** aspectos fundamentais. In: CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo,** 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

GURGEL, Roberto. Petição inicial: ADI n. 4645. Disponível em Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>. Acesso em: 25 de nov. de 2014.

JORNAL CIRCUITO MATO GROSSO. **Atrasos em obras da copa revelam fracasso do RDC**. Disponível em: <<http://circuitomt.com.br/editorias/copa-2014/43555-atrasos-em-obras-da-copa-revelam-fracasso-do-rdc.html>. 4>. Data: 15/05/2014. Acesso em: 25 de nov. de 2014.
JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Em defesa do RDC**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis__Em_defesa_d_o_RDC_-_versao_pa..pdf>. Data: 06/09/2011. Acesso: 19 de nov. de 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed., São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A inversão de fases e as alterações na fase de habilitação no RDC**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 54, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 20 de nov. de 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed., Niterói: Impetus, 2005.

MÁXIMO, Wellton. Agência Brasil. **O RDC não agilizou obras da Copa do Mundo**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-05/rdc-nao-agilizou-obras-da-copa-do-mundo-mostra-levantamento>>. Data: 25/05/2014. Acesso em: 25 de nov. de 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Oficina RDC.

Disponível em: < www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669>. Acesso em: 24 de nov. de 2014.

MORANO, Cintia Baruddi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei 12.462/2011. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.8, n.1.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NAVES, Rubens; DA SILVA, Guilherme Amorim Campos. As licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas. In: **Le Monde Diplomatic Brasil**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=980>>. Data: 01/12/2014. Acesso em: 25 de nov. de 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Orçamento estimado. **Revista Zênite** – Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 165, p. 1065, nov. 2007, seção Doutrina. PORTAL DA COPA. **Grandes Números**. Disponível em <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/brasilecopa/sobreacopa/numeros>>. Acesso em 20 de nov. de 2014.

PSDB Minas Gerais. **Marcus Pestana critica ampliação Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Disponível em: <<http://blog.psdb-mg.org.br/blog/2012/09/06/marcus-pestana-critica-ampliacao-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc/>>. Acesso em: 20 de nov. de 2014.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011)**. Curitiba, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>>. Acesso em: 24 de nov. de 2014.

REVISTA ÉPOCA. **Corrupção na Copa: estádios, licitações e RDC**. Disponível em: <<http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/estadoecia/2014/06/03/corruptao-na-copa-estadios-licitacoes-e-o-rdc/>>. Data: 03/06/2014. Acesso em 26 de nov. de 2014.

REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à lei 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC. **L&C Revista de Administração Pública e Política**. Brasília, n. 159, p. 5, Set. 2011.

ROMERO, William. **O Sistema Recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n° 60, fevereiro de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 20 de nov. de 2014.

SALAZAR, Jeferson. **O RDC é apologia a falta de planejamento**. Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/?p=22534>>. Data: 29/04/2014. Acesso em: 23 de nov. de 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 56, outubro de 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAIA, Cristiano; BORGES, André. **Oposição rejeita expansão do RDC**. Disponível em: <http://www.apeop.org.br/apeop/noticia/licitacoes-874/oposicao-resiste-a-expansao-do-rdc-para-todas-as-obras-130>>. Acesso em: 23 de nov. de 2014.

ZOCKUN, Mauricio. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratação à luz da constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11): aspectos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Gedeon, Mizzi Gomes.

As Principais inovações trazidas pelo regime diferenciado de contratações públicas previsto na lei nº 12.426/11 à luz da constituição federal e da lei nº 8.666/93 / Mizzi Gomes Gedeon. – São Luís, 2014.

63 f.il.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Lucyléa Gonçalves França.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito Administrativo 2. Licitação 3. Contratações públicas 4. Lei 8.666/93 5. 12.462/11 I. Título

CDU 342.92