

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

YAMILLE PRISCILLA CASTRO OLIVEIRA

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: as implicações no
processo licitatório, a partir da Lei nº 12.462/2011**

São Luís

2017

YAMILLE PRISCILLA CASTRO OLIVEIRA

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: as implicações no
processo licitatório, a partir da Lei nº 12.462/2011**

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

Orientador: Prof. Me. Felipe Costa
Camarão

São Luís

2017

YAMILLE PRISCILLA CASTRO OLIVEIRA

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: as implicações no processo licitatório, a partir da Lei nº 12.462/2011

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

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Felipe Costa Camarão (Orientador)

Examinador(a) 1

Examinador(a) 2

A Deus, porque dEle, por Ele e para Ele são todas as coisas. À minha mãe Yêda e às minhas irmãs, Ylana e Flávia, minhas eternas incentivadoras. Ao meu amor e amigo, Andriolli Araújo, por todo apoio.

AGRADECIMENTOS

Ao Eterno Deus, que me permite ver a Sua mão de amor cuidando de cada detalhe da minha existência, dEle provém toda sabedoria, conhecimento e capacidade. A Ele toda honra, glória e louvor, porque dEle, por Ele e para Ele são todas as coisas (Romanos 11:36).

À minha mãe, Yêda Castro, por todas as renúncias feitas em sua vida, por amor a mim e à minha irmã, dedicando seu tempo, atenção e recursos para investir, sobretudo, em nossa educação. Amo-te, rainha!

Às minhas irmãs, Ylana Patrícia e Flávia Letícia, por sempre acreditarem e torcerem por mim. Amo vocês!

Ao meu amor, Andriolli Araújo, por todo apoio, amor e paciência. Amo-te!

Às meigas, Larissa Câmara, Mara Porto, Paula Farias e Rebeca Sousa pela amizade, incentivo e conhecimentos compartilhados!

Aos meus Raios de Sol, Ana Carolina, Mariana Albarelli, Mylla Sampaio, Adam Sousa, Caroline Andrade, sem os quais a jornada na Academia teria sido sem brilho. Obrigada pela amizade e momentos de alegria que vocês me proporcionaram, vocês são os seres humanos de coração mais lindo que já conheci.

À turma 2012.2, pelos momentos de convivência que serviram de aprendizado. Todos vocês têm o meu respeito e admiração.

Aos colegas de trabalho e coordenadoras, pela compreensão e torcida!

Ao professor orientador, Felipe Costa Camarão, por sua paciência na orientação que tornou possível a conclusão desta monografia.

A todo quadro de professores da UFMA, o meu muito obrigada! Posso dizer que aprendi com os melhores.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.

(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho se propôs a estudar o novel instrumento para Contratações Públicas, convencionalmente chamado de RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), o qual foi instituído pela Lei nº 12.462/2011. Esse novo regime de licitações trouxe consigo diversas implicações em detrimento à Lei de Regime Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93). Insta destacar que esse instituto nasce em meio a uma gama extensa de críticas ao regime tradicional de licitações, tendo em vista a demasiada quantidade de formalidades que ocasiona morosidade ao processo licitatório. Essa nova legislação veio para tornar mais célere e desburocratizar as contratações públicas no que tange à execução de obras públicas e serviços, para a realização de eventos esportivos de grande proporção no Brasil. Em que pese as contribuições oportunizadas por essa nova lei, muito ainda se discute acerca de sua suposta inconstitucionalidade e, por conseguinte, sua revogação parcial ou total. Em contrapartida, a sua aplicação definitiva e extensiva são defendidas por parte dos juristas. Diante do referido contrassenso, é que se debruçou, à luz da Carta Magna e das legislações supramencionadas, investigar as inquietações que envolvem a efetivação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, ressalta-se quais são os objetivos específicos deste estudo, a saber: indicar o contexto e os motivos que ensejaram a criação do instituto RDC; entender as inovações trazidas a lume pela Lei de RDC, em detrimento da Lei 8.666/93; e verificar se há compatibilidade do instituto RDC com os princípios constitucionais e administrativos, bem como as refutações que o englobam.

Palavras-chave: Contratações Públicas. Licitações. Regime Diferenciado. Regime Geral.

ABSTRACT

The present work proposes to study the novel instrument for Public Procurement, conventionally called DRC (Differentiated Regime of Public Contracts), which was conceived by Law nº 12.462 / 2011. This new bidding regime brought with it several implications in detriment of the General Procurement Regime Law (Law 8,666 / 93). Urges to emphasize that this institute is born amid a wide range of criticisms of the traditional bidding regime, due to the excessive amount of formalities that cause delays in the bidding process. This new legislation came to streamline and reduce bureaucracy public contracting in the execution of public works and services, to hold major sporting events in Brazil. Despite the contributions made available by this new law, much is still being debated about its alleged unconstitutionality and, therefore, its partial or total revocation. On the other hand, its definitive and extensive application are defended by jurists. In view of the aforementioned contradiction, it was that, in the light of the Magna Carta and the aforementioned legislations, it investigated the concerns about the effectiveness of this institute in the Brazilian legal system. From this perspective, it is emphasized what are the specific objectives of this study, namely: to indicate the context and the reasons that led to the creation of the RDC institute; Understand the innovations brought to light by the DRC Law, to the detriment of Law 8.666/93; and to verify if there is compatibility of the RDC institute with the constitutional and administrative principles, as well as the refutations that comprise it.

Keywords: Government Procurement. Tenders. Differentiated Regime. General Regime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 LICITAÇÕES	13
2.1 Histórico	16
2.1.1 <i>Histórico do processo licitatório no Brasil</i>	17
2.2 Regime geral de licitações (Lei nº 8.666/1993)	18
2.3 Regime diferenciado de contratações públicas (Lei nº 12.462/2011)	20
3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DO REGIME GERAL	23
3.1 Princípio da economicidade	23
3.2 Regime de contratação integrada	24
3.3 Sigilo do orçamento	25
3.4 Remuneração variável pelo desempenho e contratos de eficiência	26
3.5 Inversão de fases	27
3.6 Fase recursal única	28
3.7 Indicação de marca ou modelo	29
4 DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.462/2011	31
4.1 Da inconstitucionalidade formal	31
4.2 Da inconstitucionalidade material	35
5 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Em meio a uma gama extensa de críticas à Lei 8.666/93, legislação do Regime Geral de Licitações e Contratações Públicas, tendo em vista a demasiada quantidade de formalidades que ocasiona morosidade ao processo licitatório, ganhou gênese a Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Lei 12.462/2011, instituto que é comumente chamado de RDC. Essa nova legislação veio para tornar mais célere e desburocratizar as contratações públicas, a fim de conferir maior agilidade na execução de obras públicas e serviços, para a realização de eventos esportivos de grande proporção no Brasil.

Em que pese as contribuições oportunizadas por essa nova lei, muito se discute acerca de sua suposta inconstitucionalidade e sua revogação parcial ou total. Em contrapartida, a sua aplicação definitiva, contrariando o caráter temporário que motivou sua criação ou mesmo sua aplicabilidade extensiva são defendidas por parte dos juristas. Diante da referida celeuma, é que se propôs, à luz da Carta Magna e das legislações supramencionadas, investigar as inquietações que envolvem a efetivação desse instituto no Ordenamento Jurídico.

Dada a importância da licitação para a contratação por parte da Administração Pública, este trabalho propôs-se a investigar qual seria a aplicação mais efetiva para acelerar e desembaraçar o processo licitatório na realização de obras públicas e demais contratações, se a Lei de Regime Geral, nº 8.666/1993 ou a Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas, nº 12.462/2011. Ademais, buscou-se entender se há necessidade de reformulação ou revogação de uma das referidas legislações, bem como se há inconsistências no que tange à aplicação do RDC como regra, tendo em vista os princípios administrativos e constitucionais.

O Regime Diferenciado de Contratação Pública veio a lume, a priori, dotado de caráter temporário e adstrito à realização de contratos e licitações que envolvessem obras ou serviços destinados à promoção de grandes eventos esportivos mundiais, vez que o Brasil seria sede desses nos anos de 2013, 2014 e 2016.

Não obstante a isso, sua aplicação foi sendo estendida também para ações que estejam incorporadas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e de obras ou serviços de engenharia voltados ao Sistema Único de Saúde (SUS) e aos Sistemas Públicos de Ensino. Por último, serviu de mecanismo para a realização de obras e serviços de engenharia na construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Nesse sentido, inicialmente, esse instituto apresenta-se como um eficaz mecanismo que agiliza a contratação pública. Nasce dotado de um caráter temporário e restrito à realização de obras e serviços destinados à promoção de grandes eventos esportivos. Contudo, essa aplicação foi ganhando abrangência e solidez no ordenamento jurídico. É nesse âmbito que se encontra a relevância de se discutir a aplicação do RDC e o caráter temporal e restrito trazido em seu bojo, inicialmente.

Outrossim, além de ser de grande importância compreender a abrangência que foi conferida a esse instituto, é necessário que se conheça quais as consequências disso para o âmbito jurídico e para o contexto da Administração Pública, à guisa do que prevê a Carta Magna. Visa-se, portanto, dissolver algumas dissensões que envolvem a celeuma, servir de aparato para outras pesquisas nessa área de interesse e; corroborar para o fomento da discussão acerca da reformulação ou revogação da Lei de Regime Geral de Licitações, as quais podem provocar o Legislativo.

O presente trabalho tem como objetivo geral compreender as implicações, bem como os desdobramentos da aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com caráter extensivo e peremptório, em contrapartida à burocratização do Regime Geral de licitação, estabelecido pela Lei 8.666/93. Nessa perspectiva, ressalta-se que são objetivos específicos deste trabalho os que se seguem: a) indicar o contexto e os motivos que ensejaram a criação do instituto RDC; b) entender as inovações trazidas a lume pela Lei de RDC, em detrimento da Lei 8.666/93; e c) verificar se há compatibilidade do instituto RDC com os princípios constitucionais e administrativos, bem como as refutações que o englobam.

Acrescenta-se ainda que o método utilizado nesta pesquisa foi o dialético-comparativo, vez que se propôs a confrontar opiniões e entender as semelhanças e divergências quanto ao procedimento licitatório estabelecido nas duas legislações supramencionadas. Dentre as técnicas de pesquisa, utilizou-se a técnica de pesquisa documental indireta, a qual abrange: leis, sentenças, acórdãos; e bibliográfica: livros, artigos, periódicos, revistas, sites da internet.

Optou-se por tratar do referido tema, levando-se em consideração contribuições de renomadas vertentes doutrinárias, a saber: Meirelles (1990; 2004; 2010), Alexandrino; Paulo (2015), Odete Medauar (1996; 2004), Carvalho Filho (2015), Mello (2004), dentre outros. Ademais, foram consideradas jurisprudências que pudessem corroborar na discussão.

Isto posto, a organização deste trabalho apresentou-se em três capítulos. O primeiro destina-se a tratar, primariamente, das Licitações de modo geral. A posteriori, fala-se a respeito da Lei 8.666/93, considerando de forma breve a sua relevância outrora, quando da

sua edição. Além disso, faz-se um breve apontamento histórico, indicando quais as contribuições no que cerne à matéria de licitação em detrimento às legislações que a precederam.

Ainda nesse primeiro momento, foi abordado de maneira introdutória os problemas intrínsecos à Lei 8.666/93 considerados pela doutrina, os quais vieram a fomentar no legislador uma inquietação em buscar outros mecanismos de aprimoramento, dentre os quais, destaca-se o RDC, criado por meio da Lei 12.462/2011. Na sequência, expõem-se os aspectos principais, objetivos e finalidades do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Passado esse primeiro momento, apresenta-se o segundo capítulo, no qual trata-se das inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz do regime geral. Propõe-se, nessa oportunidade, fazer um comparativo entre os dois institutos, de modo a evidenciar-se se há um entre ambos que seja mais efetivo para o processo licitatório.

E por último, no terceiro capítulo, apresenta-se a problemática associada ao RDC, as supostas inconstitucionalidades formais. Antecipam-se essas alegações, neste momento preambular, de maneira resumida, a saber: a falta de requisitos de urgência e relevância para edição do RDC por intermédio de medida provisória; bem como o abuso do poder na realização de emendas, quando da conversão da MP nº 527/11 na Lei 12.462/11. Ademais, acrescentam-se, nessa sessão, as ADINS propostas diante dessas supostas inconstitucionalidades.

2 LICITAÇÕES

O termo licitação é proveniente do latim *licitacione*, o qual consiste no ato ou efeito de licitar; oferta de lance em um leilão ou hasta pública. Essa palavra latina passou a ser utilizada no português apropriando-se do seguinte sentido: “oferecimento de quantia, no ato de arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha judicial”, consoante esclarece Cretella Júnior (2001, p. 386). Insta destacar que em meio a tantas definições doutrinárias para o instituto licitação, é *sine qua non* apresentar as que contribuem para o estudo ora em tela. Dentre as contribuições doutrinárias que foram consideradas mais importantes, sobressaem-se as seguintes:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado (MEDAUAR, 1996, p. 205).

Destarte, enquanto Odete Medauar, em sua tentativa de definição para licitação no ordenamento brasileiro, destaca a “seleção” como mecanismo mais ilustrativo desse processo, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta o aspecto “competição”, salientando ainda a isonomia, ao tratar das licitações no âmbito conceitual e aduz que elas são

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Etriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, 2004, p. 483).

Corroborando, ainda, a definição de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 52), a qual conceitua esse instituto como um procedimento administrativo por meio do qual é selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, dentre as possibilidades existentes para o contrato de seu interesse. O referido jurista ainda acrescenta que esse procedimento se desenrola por meio de uma sequência de atos vinculantes tanto à Administração quanto aos licitantes, o que garante oportunidade igual a todos os envolvidos e enseja moralidade ao negócio administrativo.

Para Sundfeld (1994, p. 15), a Licitação é “o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular”. Para o doutrinador em questão, a partir do procedimento licitatório,

é garantido o direito dos interessados à disputa, bem como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.

Considerando todas as definições ora apresentadas, arrisca-se, despretensiosamente, em um conceito próprio acerca da Licitação. Sendo assim, compreende-se esse instituto como um procedimento próprio da Administração Pública, que abrange uma série ordenada de atos jurídicos, os quais estão dispostos em lei específica, a fim de proporcionar igualdade de condições entre os licitantes e propiciar a possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa para o interesse público, levando em consideração critérios objetivos, por meio de uma espécie de “competição” isonômica.

Como preceitua (BIELSA, 1955, p. 157 apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 239), a Administração Pública atua de forma “multifária e complexa”, tendo o interesse público como objetivo precípua. É nessa perspectiva que, apropria-se de serviços e bens providos por terceiros e vê-se compelida a firmar contratos no que cerne à “realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis”. Por essa razão é que, nas palavras de Bielsa, “a causa jurídica, fundada numa causa fática, é sempre elemento essencial dos contratos”.

Ao considerar-se todos esses aspectos, percebe-se o porquê de não se deixar a escolha das contratações a serem feitas ao bel-prazer do administrador, tendo em vista que essa liberdade promoveria a desordem nesse procedimento. Poderia haver condutas inadequadas por parte da administração, escolhas impessoais e acordos escusos, os quais acabariam por prejudicar, principalmente, a própria Administração Pública, enquanto ente gestor dos interesses da coletividade. Por esse motivo, é que se compreende que licitação surgiu para evitar esses riscos. Vale ressaltar que o próprio contrato é um ulterior ao procedimento licitatório, o que possibilita o oferecimento de várias propostas, e, por conseguinte, a escolha, dentre todas as ofertas, mais vantajosa para a Administração.

Ainda no que diz respeito à Licitação, agora tratando mais especificamente das disposições legais, traz-se à baila a regra principiológica estabelecida na Carta Magna de 1988, a qual em seu art. 37 inc. XXI aduz:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] 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 (BRASIL, 1988).

Com base nessa disposição constitucional, pode-se afirmar que os contratos administrativos, via de regra, serão pactuados, mediante esse procedimento (princípio) que ainda está associado a outros princípios administrativos, os quais mais serão tratados de modo mais desenvolvido no decorrer do presente trabalho. Por ora, adianta-se: princípio da equidade, da isonomia, da moralidade e da eficiência.

Além disso, destaca-se que em seguida, a Carta Política de 1988 ainda prevê no caput do seu art. 175 que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

Como se observa, ambos os dispositivos supracitados referem-se a normas que exigem lei infraconstitucional que regulamente o assunto. É nesse sentido que, a partir desse dispositivo constitucional, foram formadas bases, as quais, em 1993, viriam a fundamentar a Lei Federal nº 8.666, que regulamentou o referido artigo da Carta Magna, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Antes de adentrar-se na ideias sobre a referida lei regulamentadora, é importante que se esclareça a quem pertence a competência para legislar sobre normas gerais de licitação, de acordo com a Carta Magna de 1988. Essa é privativa da União e refere-se à permissão para editar normas de caráter nacional, isto é, que obrigam todos os entes federados, nas palavras de Alexandrino; Paulo (2015). Essa incumbência está prevista no inciso XXVI do art. 22, conforme se observa:

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988).

Quanto à competência dos Estados e Municípios, a lição de Hely Lopes Meireles acrescenta: “Estados e Municípios podem legislar sobre a matéria, observando as normas de cunho nacional e tratando do que for específico em suas licitações e contratações, segundo as peculiaridades locais” (MEIRELLES, 1990, p. 33).

2.1 Histórico

Segundo (PEREIRA, 2015), por meio de relatos históricos, pode-se afirmar que o surgimento da Licitação deu-se na Europa Medieval, diante da necessidade da obtenção de um bem, obra ou serviço, haja vista que a Administração Pública não tinha os meios para a aquisição. Na época, eram estabelecidos pelo Estado local, data e horário, de modo que todas as pessoas interessadas pudessem comparecer. Esse era realizado por meio de algumas regras, esse sistema era denominado “Vela e pregão”.

Dava-se início a ele, a priori, por meio de instrumento convocatório, assim, na data e horários preestabelecidos, era realizada uma reunião entre as pessoas interessadas e um representante do Estado. O procedimento levava esse nome, pois costuma-se na ocasião acender uma vela, para sinalizar o começo do certame. Entrementes, os licitantes faziam a oferta de seus lances, até o momento em que a vela apagasse ou queimasse até o final. Era escolhido como vencedor aquele que tivesse feito o último lance de menor preço. A esse respeito, acrescenta-se:

[...] nos Estados medievais da Europa usou-se o sistema denominado ‘vela e pregão’, que consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguiu a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço. (MEIRELLES, 2004, p. 27).

Nessa ocasião, o modelo de administração pública era o Patrimonialista, o qual tinha como cerne o monarca o qual detinha a seu bel-prazer as decisões políticas e administrativas, esse tipo de gestão estava interessada única e exclusivamente em benesses de âmbito socioeconômico do clero e da nobreza, aspecto que veio a desencadear atos de corrupção, empreguismo e nepotismo, conforme salienta (PEREIRA, 2015). Por conseguinte, nos “atmosfera” do Estado Liberal, nasce outro modelo de administração, a Burocrática, a qual, em contrapartida ao modelo anterior, objetiva proteger o Estado dos atos de corrupção supramencionados.

Esse novo modelo refere-se à centralização de decisões pela hierarquia funcional, profissionalismo e formalismo, como modo de controlar todos os processos administrativos. À medida que esse novel padrão de administração se instaura, a licitação atualiza os seus regramentos, a fim de enquadrar o certame às novas exigências.

Contudo, logo se chegou à conclusão de que o tipo Burocrático estava enrijecendo o processo administrativo, por meio de vícios, lacunas legais e má qualificação dos entes

públicos. Nesse diapasão, diante dessas falhas no modelo anterior, instaura-se o tipo Gerencial, esse se caracteriza como uma gestão aperfeiçoada dos gastos públicos, o que permitirá que o processo licitatório atinja melhorias quanto à sua efetividade.

2.1.1 Histórico do processo licitatório no Brasil

No Brasil, a licitação ganha gênese através do Decreto nº 2.926/1862, esse instituto trazia em seu teor regulamentações acerca de compras e alienações, o qual foi implementado por outras legislações. Esse processo passou por inúmeras mudanças, vindo a estruturar-se na esfera federal mediante o Decreto nº 4.536/1922. Vale ressaltar que esse teve sua sistematização conferida por meio do Decreto-Lei nº 200/1962, o qual implantou a reforma administrativa na esfera federal, sendo essa estendida à administração estadual e municipal por intermédio da Lei nº 5.45/1968.

Não obstante esses avanços, a legislação que regulava o processo licitatório ainda apresentava várias lacunas, a qual era passível de diversas interpretações, herança de um modelo de administração burocrático. Com o advento da democratização, a licitação destaca-se por intermédio do Decreto-Lei nº 2.300/86, em 1987, passa por um processo de atualização por meio dos Decretos–lei nº 2.348 e 2.360.

A partir disso, é instituído o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, documento que reuniu normas gerais e específicas concernentes ao teor licitatório. Após a promulgação da Constituição de 1988, a licitação passou a ser princípio constitucional, que deve ser, obrigatoriamente, observado pela Administração Pública em todas as suas esferas.

Tendo como base as determinações constitucionais, em 21 de junho de 1993 é promulgada a Lei nº 8666, trazendo em seu teor normas gerais para licitações e contratos administrativos. Essa legislação representou avanço no que tange à licitação, entretanto as modalidades trazidas por ela (concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão) trouxeram em seu bojo aspectos herdados do modelo burocrático, como prazos e análise documental prévia de todo licitante.

Esses aspectos geraram morosidade ao processo. Diante dessas inquietações, a administração recorre à dinâmica do processo licitatório medieval, com o instituto denominado “vela pregão”, o que vem emprestar agilidade à licitação. Assim, em 4 de maio

de 2000, por intermédio da Medida Provisória nº 2.026, incorpora-se uma nova modalidade licitatória à realidade administrativa brasileira, o Pregão.

Essa foi convertida na Medida Provisória nº. 2.182, a qual foi editada consecutivamente 18 vezes. A priori, esse instituto foi instituído apenas para a União. Somente com o advento da Lei Federal nº 10.520/02, é que foi ampliada a aplicação também à esfera estadual e municipal. Esse instituto possibilita economia nas aquisições de bens e serviços, sobretudo, no que cerne às despesas de custeio da Administração Pública. Além disso, ele permite maior agilidade, pois desburocratiza os procedimentos para a habilitação e o cumprimento das fases da licitação. Sendo assim, constitui um marco no futuro da licitação no Brasil.

2.2 Regime geral de licitações (Lei nº 8.666/1993)

Como foi tratado anteriormente, a Carta Política de 1988, em seu art. 37, XXI, preceitua sobre a obrigatoriedade de a Administração Pública licitar antes de realizar contratações, prevendo hipóteses excepcionais de celebração de contratos administrativos sem a realização de procedimentos licitatórios. Com efeito, a fim de regular o processo licitatório, ganha gênese a Lei Federal 8.666 de 21 de junho de 1993, a qual consiste na lei mais abrangente de normas gerais no que diz respeito à licitação e contratos administrativos. Essa legislação surge para atender à necessidade que a Administração Pública tem em realizar contratação de bens e serviços, os quais, normalmente, são oferecidos por pessoas jurídicas de direito privado.

Destarte, como previsto nos dispositivos constitucionais que tratam a respeito das licitações, havia a necessidade de regulamentação específica para o processo licitatório. É nesse sentido que nasce a Lei de Regime Geral de Licitações e Contratos que veio para regulamentar o inciso XXI do art.37 da Carta Magna de 1988, instituindo normas para o processo licitatório da Administração Pública, no âmbito da União, Estados e Municípios.

Vale ressaltar que a referida lei foi aprovada em meio a uma sequência de escândalos e de supostos favorecimentos e superfaturamento por parte de algumas empresas em obras do governo federal, logo após impeachment Collor, o qual foi seguido de massiva comoção popular encabeçada pela imprensa. Esses fatores reunidos fizeram com que os congressistas sentissem-se pressionados a votar em uma nova Lei de Licitações. No que cerne

ao contexto sócio histórico em que nasce a referida legislação, apropria-se aqui do relato do Doutor e pesquisador Niebuhr (2015), o qual faz as seguintes considerações:

À época, o sentimento da sociedade era que havia muita corrupção, que os agentes públicos eram corruptos e que a corrupção era causada pela fragilidade do sistema legal sobre licitações. Então, a Lei foi construída com base em desconfiança, com o propósito de acabar com a corrupção. Obviamente, não fomos bem sucedidos, porque lei alguma consegue vencer a corrupção. Vencer a corrupção é mais difícil, alterar a legislação não é suficiente.

Conforme preceitua Pereira Junior (1997, p. 3), o aperfeiçoamento e as inovações introduzidas pela Lei 8.666/93 ao ordenamento jurídico licitatório, dava-se no sentido de:

[...] (a) ampliar a aplicação das normas gerais do novo estatuto à Administração dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades vinculadas; (b) melhor caracterizar o dever geral de licitar e as hipóteses que o excepcionam; (c) traçar definições objetivas sobre figuras que passaram a ocupar posição de relevo na conceituação legal; (d) vincular a Administração a regras mais exigentes para elaboração de editais e o julgamento de propostas; (e) criar procedimentos especiais para o processamento de determinados tipos e regime de licitação; (f) assegurar o direito à ampla defesa em caso do desfazimento do processo licitatório (por revogação ou anulação).

Nesse diapasão, Carvalho Filho (2009, p. 225) sugere que as licitações foram criadas e regulamentadas no intuito de limitar a liberdade do administrador no momento de ceder aos exercícios da Administração Pública, no sentido de que:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, que essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

Não obstante, esse documento legal apresenta muitas formalidades em seus procedimentos, o que gera ao Poder Público óbices para realização de contratações, a saber: burocratização e morosidade no processo licitatório. Por essa razão, há muito já se discute a possibilidade de alteração dessa legislação, de modo a atribuir maior celeridade ao processo. Entretanto, essa reformulação foi desconsiderada em face da escolha do Brasil como país sede para a realização de eventos esportivos. Dada a iminência dos jogos e a necessidade premente de realização de obras para a modernização do país e construção de estágios e complexos esportivos, surge o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por meio da Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011.

Insta destacar que a despeito da necessidade de constitucionalização das licitações em prol da observância dos princípios administrativos, como moralidade e impessoalidade,

Oliveira; Freitas (2012) asseveram que o excessivo número de formalidades procedimentais, que burocratizaram a Lei 8666/93, teve o efeito inverso do pretendido. Segundo os referidos autores, podem-se destacar no mínimo três consequências indesejáveis ensejadas por esse procedimento licitatório burocrático, a saber:

- [...] a) o Estado acaba pagando preços superiores ao de mercado, tendo em vista que os licitantes embutem o custo de participar desta procedimentalização – permeada por exigências, cada vez mais complexas e detalhistas, sendo, muitas vezes, restritivas da competitividade -, o que gerou um incremento nos custos de transação nas contratações com o poder público;
- b) a morosidade tem sido a tônica desses procedimentos, na medida em que são intermináveis as contendas entre os licitantes – tanto em sede administrativa, como no âmbito do Poder Judiciário -, principalmente nas fases de habilitação e julgamento;
- c) toda essa lógica do processo pelo processo, considerando o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, contribuiu para a onerosidade de todo o procedimento, acarretando contratações antieconômicas para o Estado (p. 9-10).

Por essas razões, foi que se passou a discutir a possibilidade de alteração dessa legislação, de modo a atribuir maior celeridade ao processo. Contudo, essa reformulação foi desconsiderada diante da escolha do Brasil como país sede para a realização de eventos desportivos. Em virtude da iminência dos jogos e a necessidade de realização de obras para a modernização do país e construção de estágios e complexos esportivos, foi elaborado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Em que pese já houvesse no Senado Federal projeto de reforma à Lei 8.666/93 aguardando a sua deliberação, o Governo Federal optou pelo processo legislativo mais célere, o das medidas provisórias, dada a iminência dos eventos desportivos.

2.3 Regime diferenciado de contratações públicas (Lei nº 12.462/2011)

Desta feita, em 4 de agosto de 2011, foi sancionada a Lei nº 12.462, a qual cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, convencionalmente, conhecido como RDC. Esse diploma confere alteração à Lei 10.683/2003, bem como dispõe acerca da organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO.

Ademais, a lei de RDC cria a secretaria de Aviação Civil, entre outros cargos e autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários. Sobretudo, a Lei

12.462/2011 altera as seguintes leis: 11.182/2005, 5.862/1972, 8.399/1992, 11.526/2007, 11.458/2007, 12.350/2010 e a Medida Provisória 2.185-35/2001. Além disso, a referida lei revoga dispositivos da Lei 9.649/1998 (BRASIL, 2011).

De acordo com informações dadas na Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas, esse instituto objetiva tornar as licitações do Poder Público mais céleres e eficientes e, ao mesmo tempo, possibilitar a transparência e o acompanhamento pelos órgãos de controle. Insta destacar ainda que teve inspiração nas regras de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos, bem como nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Além de todas essas referências, o RDC teve base também no Pregão, legislação que regula e viabiliza as contratações na nação brasileira.

Vale ressaltar que a lei em questão é resultante da Medida Provisória (MPV) nº 527/2011, a qual trazia em seu bojo 18 artigos que se restringiam a criar a Secretaria de Aviação Civil, a alterar a estrutura do Poder Executivo Federal e a autorizar a prorrogação de contratos temporários no que tange ao controle de tráfego aéreo. Enquanto tramitava na Câmara dos Deputados, foi apresentado um projeto de lei de conversão que propunha uma complementação ao texto original que em nada se relacionava com ele.

Esse novo conjunto de disposições acrescidas destina-se a regulamentar as licitações e contratos, os quais eram indispensáveis para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 (REZENDE, 2011). Sendo assim, o referido texto sancionado pela Presidência da República possibilita o afastamento da aplicação da Lei 8.666/93, a qual a constitui a Lei Geral de Licitações e Contratos, no que tange àquelas licitações para realizações desses eventos.

Não obstante a alguns aspectos negativos, a serem considerados por este trabalho, a Lei de RDC trouxe consigo determinadas inovações positivas, conforme sugere Rezende (2011). Alexandrino; Paulo (2015) colaboram, explicitando as hipóteses de cabimento da aplicação do RDC, as quais se seguem:

- a) da Copa das Confederações da FIFA 2013;
- b) da Copa do Mundo FIFA 2014;
- c) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016;
- d) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para aeroportos das capitais dos estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos eventos internacionais referidos nas letras “a”, “b”, e “c”;
- e) das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);
- f) das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);
- g) de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino;
- h) das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (2015, p. 724).

Vale ressaltar que algumas dessas previsões não constavam na exposição de motivos que deram origem à elaboração do RDC. Além disso, a priori, o que era para ter um caráter temporário e ser exceção à Lei de Licitações tem tido vigência indeterminada, sendo como regra base para os contratos administrativos. Cumpre ainda mencionar que além dessas, já se citou outras vertentes para aplicação do RDC que no decorrer deste trabalho serão elencadas. Tendo em vista a extensão da finalidade dessa lei e sabendo que a utilização desse instituto implica no afastamento das normas presentes na Lei 8.666/93, exceto nos casos expressos na própria lei de RDC, é imperioso considerar que a intenção pode ser, paulatinamente, substituir a Lei de Regime Geral de Licitações.

3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DO REGIME GERAL

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, norma de aplicação facultativa pelo poder público, tem o condão de, uma vez adotado, afastar a incidência do Regime Geral de Licitações, salvo quando aquele expressamente autorizar a incidência deste (art. 1º, § 2º da lei 12.462/11). Posto isso, o presente capítulo tem por escopo traçar os principais pontos de divergência entre esses institutos, a fim de compreender as inovações trazidas pelo novel instrumento.

3.1 Princípio da economicidade

Entre os anos de 1995 e 1998, conforme esclarecem Alexandrino e Paulo (2015, p.123), foram promovidas no Brasil diversas alterações normativas com o objetivo de implantar um modelo de administração pública intitulado de “Administração Gerencial”, caracterizado pela descentralização política e administrativa com vistas a promover ao máximo a eficiência do Estado. O objetivo era que esse novo modelo de administração substituísse o modelo Burocrático então vigente, marcado pela hierarquia e rigidez procedimental. Contudo, essa evolução se deu de maneira apenas parcial, de modo que Administração Pública brasileira segue caracterizada por um forte ranço burocrático.

Com a eleição do Brasil como sede de dois grandes acontecimentos esportivos, o modelo burocrático de licitações então vigente, lei n° 8.666, tornou-se um óbice à concretização desses eventos, fazendo nascer a necessidade de criação da lei 12.462/11, caracterizada pela informatização e celeridade do processo licitatório. Apenas diante do êxito na experiência do RDC é que a Administração pública passou a cogitar a expansão desse modelo gerencial de licitação à outras modalidades de obras públicas, já mencionadas em capítulo anterior.

Não é objetivo deste estudo afirmar que a lei 12.462/11 trouxe consigo a salvação do modelo licitatório brasileiro, contudo, é evidente que a lei geral de licitações caminhava trôpega no ordenamento jurídico. Inferindo-se daí o primeiro ponto ideológico de

incongruência entre as duas leis: uma baseada em um modelo licitatório burocrático, e a outra em um modelo licitatório gerencial, evidenciado pelos princípios presentes no art. 3º, caput:

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** (*grifo nosso*).

3.2 Regime de contratação integrada

O RDC estabelece em seu art. 9º um regime próprio de execução dos contratos, o qual impõe ao particular a total responsabilidade pela obra, desde o projeto básico até a conclusão, de forma integrada. O regime será aplicável somente no âmbito obras e serviços de engenharia (projeto básico, montagem, testes, pré-operação e execução), e desde que sua utilização seja viável e justificável sob a perspectiva econômica, incumbindo à entidade contratante apenas estabelecer no edital o anteprojeto com as informações suficientes a possibilitar a caracterização da obra ou serviço.

Essa modalidade permite que a empresa contratada para a elaboração do projeto também seja a executora deste, otimizando o desempenho da obra, que será entregue no prazo e pelo preço contratado em conformidade com as condições estabelecidas em edital. Concede também maior autonomia à empresa contratada, que poderá apresentar metodologias e propostas diferenciadas de execução. Destarte, observa-se que os parâmetros tradicionais de seleção envolviam apenas dois critérios: o preço e o experiência da empresa; após a possibilidade de inovação do projeto, acrescenta-se o critério de melhor solução, do qual infere-se que será escolhida a empresa que propuser o melhor “custo-benefício” para a consecução da obra.

O modelo licitatório anterior previa que Administração Pública designaria duas empresas distintas na consecução de uma obra: a primeira seria responsável pela elaboração do projeto básico, restando à segunda desenvolvê-lo. Essa regra, contudo, fora excepcionada em duas oportunidades durante a vigência do regime geral: nos contratos de concessão comum (leis nº 8.987/95 e 9074/95), e nos contratos de parceria público-privada no âmbito da administração pública (lei nº 11.079/04).

3.3 Sigilo do orçamento

Previsto no art. 6º, caput, e §§ 1º, 2º e 3º da lei do Regime diferenciado de contratações públicas, trata-se regra geral que determina que o orçamento previamente estimado para uma contratação seja tornado público somente após o encerramento da licitação, de modo a aumentar a competição entre os licitantes, visto que torna confidenciais os preços mínimos considerados aceitáveis pela Administração, conforme Faganello (2012).

In verbis:

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 (BRASIL, 2011).

A referida regra comporta duas exceções, dispostas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, os quais prelecionam que na hipótese em que for adotado como critério de julgamento o maior desconto ou a melhor técnica, será afastado o sigilo sobre o orçamento, o qual deverá constar no instrumento convocatório. Por fim, conforme se infere da leitura do art. 6º, § 3º, esse caráter secreto da informação não se estende aos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública, os quais pode:

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno (BRASIL, 2011).

A lei geral de licitações, por outro lado, estabelece em seu art. 40, § 2º que o ente responsável pelo certame deverá fazer constar no edital do certame o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Na lei 8.666/93, a divulgação prévia do orçamento baseia-se nos princípios constitucionais da publicidade e transparência da atividade administrativa, de tal modo que o próprio art. 44, § 1º veda expressamente a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso que possa indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

3.4 Remuneração variável pelo desempenho e contratos de eficiência

Com vistas a ampliar a eficiência das contratações públicas, o novel instituto estabeleceu em seu arts. 10 e 23, respectivamente, a possibilidade de a remuneração do contratado variar de acordo com o seu desempenho e a possibilidade de se firmar um contrato de eficiência que preveja que a remuneração será proporcional à economia gerada à administração pública.

Na remuneração variável pelo desempenho subsiste a obrigação do contratado de atingir e até mesmo superar os padrões de qualidade impostos pela administração, que somente efetuará o pagamento se obtiver, de fato, a vantagem almejada quando da contratação. A remuneração será maior à medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos do edital da licitação, bem como no contrato firmado com a Administração. Trata-se da possibilidade jurídica de a Administração oferecer uma bonificação pela eficiência do contratado.

Na prática, serão estipuladas condições mínimas a serem observadas na execução da obra ou serviço, cujo descumprimento acarretará em sanções previamente estabelecidas. E, ao final, são estipuladas metas adicionais que ensejam a percepção de vantagens pecuniárias, mas que não são obrigatórias, tampouco seu desatendimento acarreta a imposição de penalidades.

Nesse sentido, destaca-se a possibilidade de realização de contratos de risco desse tipo ainda na vigência da lei 8.666/93, vez que as referidas normas não contrariam os princípios gerais das licitações, conforme acrescenta Schwind (2011, p. 3).

Noutro giro, os contratos de eficiência têm por escopo vincular a remuneração do contratado a um resultado “futuro e incerto” (SCHWIND, 2011, p.3), previsto no art. 23 da lei 12.246/11:

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

Neste, o contratado compromete-se a reduzir as despesas da administração, de modo que sua remuneração seja fixada em função da economia gerada. Caso não seja alcançada a economia acertada, poderá haver a aplicação de sanção administrativa e até mesmo desconto na remuneração.

Importante diferença entre os institutos aqui elencados, quais sejam os arts. 10 e 23 do RDC, refere-se ao cumprimento da obrigação. Na remuneração variável pelo desempenho, o descumprimento da meta adicional não acarreta penalidades, ao passo que seu atendimento enseja a percepção de benesses. Já no contrato de eficiência, por outro lado, a incapacidade do contratado de proporcionar à Administração uma economia, implicará, invariavelmente, na imposição de sanção.

3.5 Inversão de fases

A inversão de fases do processo licitatório, presente no art. 12 da lei 12.264/11, guarda profunda semelhança com a modalidade de licitação já consagrada pela doutrina e jurisprudência pátria, denominada “pregão”, presente no art. 22, da lei 10.520/2002.

A lei geral de licitações, por outro lado, estipula cinco modalidades de licitação, quais seja tomada de preços, convite, concurso e leilão, cujo procedimento consta do art. 43 da mesma lei.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

- I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
- II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
- III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
- IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;
- V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;
- VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação (BRASIL, 1993).

Tanto no pregão quanto no processo licitatório preconizado pelo RDC, a disputa será efetuada em sessão pública, preferencialmente via internet, por meio de propostas e lances, que ensejarão uma classificação e posterior habilitação do licitante com a proposta de menor preço.

De outro modo, no tradicional procedimento do regime geral de licitações, o exame das propostas apresentadas pelos licitantes ocorre em momento estritamente posterior à habilitação, etapa em que é feita a verificação dos documentos e exigências presentes nos arts. 27 e seguintes da lei 8.666/93 (LEFÈVRE, 2011, p. 3).

3.6 Fase recursal única

O procedimento licitatório disciplinado pela Lei nº 12.462/11, prevê em seu art. 27 uma fase recursal única, que ocorrerá após a habilitação do vencedor. Nessa etapa, os demais licitantes poderão recorrer sobre os julgamentos das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Importante ressaltar, contudo, que caso haja inversões de fases, os licitantes terão direito a apresentar recursos em dois momentos distintos, conforme prelecionam os autores Alexandrino e Paulo (2015, p. 727): “Se houver inversão de fases - isto é, a habilitação ocorrer antes da fase de apresentação de propostas ou lances e da fase de julgamento-, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e também após a fase de julgamento das propostas”.

A previsão do art.58, explicado acima, visa privilegiar o direito a ampla defesa e um processo licitatório justo. Por oportuno, cabe mencionar que o prazo para a interposição de eventuais recursos, esclarecimentos e impugnações, encontra-se disciplinado no art.45, I, II e III de da RDC:

Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

I - pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de:

a) até 2 (dois) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou

b) até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços;

II - recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;

b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

c) do julgamento das propostas;

d) da anulação ou revogação da licitação;

e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e

III - representações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico (BRASIL, 2011).

3.7 Indicação de marca ou modelo

Entre as regras aplicáveis a licitação no âmbito da RDC, encontra-se a previsão esculpida no art.7, I, a, b e c, que oportuniza, em decorrência do princípio da celeridade, à Administração Pública indicar marcas e modelos quando estiver diante de uma licitação para aquisição de bens:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:
I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade” [...] (BRASIL, 2011).

Em referência ao inciso I, alínea a, deve-se ter em mente que a exigência de padronização deve se valer por uma causa justificada e razoável que esteja em consonância, não só com o princípio da celeridade, mas também com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido:

A necessidade de padronização deve sempre partir de estudos técnicos que demonstrem a absoluta necessidade de aquisição de um bem com determinadas características. A padronização nunca pode resultar de mero arbítrio do administrador, mas da procura da melhor solução para a necessidade a ser atendida pela contratação. Eventualmente, deve ser ter em vista também à redução dos custos para a Administração (TROIB, 2011, p. 1).

Por sua vez, a alínea b do referido artigo deve ser aplicada com a devida cautela, para que não impeça a concorrência e macule o princípio da isonomia. Diante dessa preocupação, deve-se levar em conta três requisitos indispensáveis: estudo devidamente embasado que verifique que apenas uma marca ou modelo se encontram nos padrões desejados e a existência de mais de um fornecedor para o produto almejado.

Por último, a alínea b possibilita a utilização de um produto *standard*, que servirá de referência para os demais com o propósito de facilitar o processo licitatório e o fim desejado pela Administração:

O edital para a aquisição do bem pode indicar que determinada marca ou modelo seja considerado um *standard*, perante o qual os produtos equivalentes serão comparados. Assim, passa a ser perfeitamente possível que um produto de fabricante de diferente marca ou modelo seja adquirido, desde que tenha características idênticas ou equivalentes ao objeto paradigma (TROIB, 2011, p. 3).

4 DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.462/2011

São muitas as celeumas que envolvem a instituição do RDC. Dentre essas, encontram-se alegações de inconstitucionalidade formal e material, as quais já foram evidenciadas em estudos, pesquisas acadêmicas, sobretudo, em duas ações de inconstitucionalidade. A primeira dessas, a ADIN nº 4645, foi proposta, em 21 de agosto de 2011, pelos seguintes partidos: Democratas (DEM), PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e PPS (Partido Popular Socialista). A segunda foi interposta pelo Procurador Geral da República, logo em seguida, em 7 de setembro do referido ano. Ainda não há julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às ADINs supramencionadas. Portanto, pretende-se, nesse momento, apenas fazer um demonstrativo do cenário legal que gerou essas inquietações à luz da Lei Magna.

4.1 Da inconstitucionalidade formal

Começa-se apresentando as inconsistências presentes no comparativo entre o Regime Geral de Licitações e o RDC. Este instituto prevê, mais precisamente, no § 2º do art. 1º, que serão afastadas normas daquele no momento em que se der a sua adoção. Constar essa previsão em seu primeiro dispositivo já demonstra certa incompatibilidade e, para Renato Rezende (2011, p. 12), esse fato revela-se como uma “teratologia jurídica”.

O referido autor relembra a competência da União para edição de leis que instituam normas gerais de licitação e contratação, nas suas mais diversas modalidades, as quais devem ser atentadas pelos entes da federação, incluindo as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, de acordo com o que está previsto na Constituição nos arts. 37, inciso XXI, 173, § 1º, inciso III, e 22, inciso XXVII. É nesse sentido que o autor esclarece:

[...] no modelo vigente de repartição de competências entre os entes federados, a Constituição atribui à União o poder de editar normas gerais sobre determinadas matérias, normas com as quais a legislação suplementar dos Estados deve ser compatível (REZENDE, 2011, p. 12).

Considerando-se esse ponto, observa-se que em muito o RDC conflitou com as normas estabelecidas na lei de regime geral, sobretudo em seu capítulo I. No que se refere à adoção pelo RDC de regras relacionadas às licitações destinadas a objetos previamente definidos em lei e somente para alguns entes da federação, constata-se que o RDC vai de encontro à distribuição de competências, a qual está fundamentada na Carta Magna, ao que se acrescenta Renato Rezende: “Assim, não pode o legislador federal afastar a incidência das normas gerais sobre licitações realizadas por órgãos da União ou de quaisquer outros entes federados específicos” (2011, p. 21).

De maneira análoga, pode-se endossar essa consideração com a seguinte decisão do STF, em julgamento de Recurso Extraordinário nº 559.943. Nesse, o Ministro Joaquim Barbosa deflagra inconstitucionalidade de alguns dispositivos de uma legislação ordinária em contrariedade ao Código Tributário, o qual, semelhantemente ao Regime Geral de Licitações, está encarregado das disposições gerais:

Assumir que a União pudesse estabelecer norma geral de caráter nacional, vinculando todos os entes federados, ao mesmo tempo em que autorizada a dispor em sentido diferente, em lei ordinária, sobre tributos federais, implicaria reconhecer a própria ineficiência da norma geral e a fragilidade do pacto federativo (BRASIL, 2011, p. 21).

Portanto, com base nesses argumentos, pode-se apreciar a presente questão como um caráter duplo de inconstitucionalidade, conforme aduz Rezende, o qual aponta como primeiro ponto inconstitucional o estabelecimento de regras que oportunizam o processo licitatório de somente uns dos entes da federação; e como segundo ponto, o afastamento da incidência da Lei nº 8.666/93 em detrimento do RDC.

Sendo assim, pode-se afirmar que o Regime Diferenciado de Contratações não constitui uma lei de normas gerais, portanto, não está no mesmo patamar que a lei 8.666/93 e, por conseguinte, constata-se que diversos dispositivos dele apresentam inconstitucionalidade no que tange ao aspecto formal (REZENDE, 2011, p. 22 apud COSTA, 2012, p. 48). Vale ressaltar que esse caráter inconstitucional poderia ser eliminado se o poder legislativo em vez de criar um Regime especial e conflitante, alterasse a legislação geral.

Outro aspecto que recai no contexto da inconstitucionalidade formal é o fato processo legislativo, ora em tela, ter admitido emendas inadequadas ao teor da Medida Provisória nº 527/2011 que ensejou a instituição do RDC. Essas alterações feitas ao texto inicial são severamente criticadas nas exposições de motivos das ADINs.

Esses acréscimos de matéria estranha à contida na referida medida provisória podem ser considerados abuso de poder e desrespeito ao devido processo legislativo, à luz dos

dispositivos constitucionais, arts. 59 e 62. Ademais, representa uma afronta ao princípio da separação de poderes, conforme aludido no art. 2º da Constituição, vez que a Medida Provisória deve partir exclusivamente do Presidente da República, o qual está incumbido de decidir quais matérias atendem aos pressupostos de relevância e urgência, para que seja ensejada a edição da MP.

É cediço que a Constituição legitima o legislador no que tange às emendas parlamentares de medidas provisórias, conforme se pode observar no § 12 do art. 62: “Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto” (BRASIL, 1988). Contudo, consoante ao Ministro Celso de Mello, há de se considerar (ADI-MC 1.050, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 23/04/2004): “a exemplo do que ocorre com os projetos de iniciativa exclusiva de outros Poderes e do Ministério Público, é evidente a necessidade de guardar afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original”.

Ressalta-se que essa relação de pertinência com a proposição original supramencionada está associada ao princípio da separação de poderes, haja vista que caso houvesse permissão ao legislador para incluir a matéria que bem quisesse ao texto de uma MP, haveria uma transferência de um poder a outro, tendo em vista que a decisão de quais matérias são relevantes e urgentes para serem tratadas por essa via foi atribuída exclusivamente ao Presidente da República, conforme preceitua a Carta Magna.

A esse respeito, o STF compreende que no que cerne à matéria de iniciativa legislativa, nem mesmo o Presidente sancionando-a tornaria legítimo este vício, emendar MP com matéria estranha ao texto original. Nesse sentido, incorpora-se a esta discussão o seguinte aresto:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSAS AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República). 2. A atribuição da remuneração do cargo do defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a previa dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de

inconstitucionalidade formal. 4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2.113, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 157, de 20/8/2009).

Conforme já exposto, a ADIN 4645 argumentou que a Medida Provisória nº 527/2010 foi elaborada sem atenção ao disposto no art. 62 da CF, no qual são estabelecidos requisitos de relevância e urgência como condição *sine qua non* para essa categoria de ato normativo: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. É, por essa razão, que se esclarece que a elaboração dessa exige um juízo político no que tange ao cumprimento desses critérios constitucionais por parte do Poder Executivo, cabendo, a posteriori, ao Legislativo analisar e legitimar a apreciação feita pelo Executivo.

Com base nessas colocações, acrescenta-se a esta discussão o entendimento do Ministro Moreira Alves, quando da ADIN 162 – 1 – DF:

Ora, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar Recurso Extraordinário nº 62.739, em que declarou a inconstitucional, em face da Constituição de 1967, o Decreto-Lei 322, de 7.4.67, por entender que ele regulava matéria estranha ao conceito de segurança nacional, se manifestou no sentido de que ‘a apreciação dos casos de ‘urgências’ ou de ‘interesse público relevante’, a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, assume caráter político, e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidades e de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso’ (RTJ-44 / 54). Posteriormente, esse entendimento foi seguido no RE 74.096 (RTJ 62 / 819) e no RE 75.935 (R.D.A. 125/89).

Em contrapartida, consoante precedente do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de casos em que o Tribunal se depara com o abuso da competência constitucional por parte do Executivo na edição de medidas provisórias (as quais têm força de lei) que estejam em desconformidade com os pressupostos de relevância e urgência, pode haver um controle desses requisitos para a elaboração desses atos normativos. A esse respeito, o Ministro Celso de Mello corrobora com o que ora se trata ao ressaltar que não se pode mais deixar passar despercebidos os excessos na “a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo” (MS 27.931, julgado em 16.12.2009).

Vale ressaltar que a discussão no tocante ao não cumprimento aos requisitos constitucionais não diz respeito ao RDC, vez que esse instituto não fazia parte do texto original, consoante ao que já foi exposto neste trabalho, sendo incluído, a posteriori por

intermédio de emenda do relator. Portanto, é plausível a arguição das ADIs de que o Executivo legisla ordinariamente via medidas provisórias em desconformidade à Lei Maior. Lembrando que a medida provisória ora em tela dizia respeito somente à reorganização da Presidência da República e Ministérios. Por essa razão, reforça-se: o caráter ordinário e comum desse assunto provavelmente não teria o poder de ensejar edição de medida provisória.

4.2 Da inconstitucionalidade material

As primeiras considerações quanto à inconstitucionalidade material dizem respeito ao contrassenso que há nestes dispositivos do RDC: o primeiro refere-se aos arts. 1º e 65, nos quais é delegada a escolha de qual regime jurídico será aplicado; logo em seguida, acrescenta-se o art. 6º, § 3º, nesse, é tratada a presunção de sigilo do custo das obras; por sua vez, no art. 9º, há a possibilidade de contratação integrada, para obras e serviços de engenharia; no art. 10, é permitida a remuneração variável para obras e serviços públicos; por último, no art. 15, § 2º, é dispensável a publicação no diário oficial. Verificar-se-á, na sequência, de forma breve, quais os principais pontos das alegações de inconstitucionalidade acerca dos dispositivos acima mencionados.

O primeiro deles está associado à incompatibilidade que há entre os arts. 1º e 65 do Regime Diferenciado e os arts. 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI da CF. Foi alegada inconstitucionalidade, em virtude de ser dada ao Executivo a possibilidade de escolha, a seu bel-prazer, do regime jurídico da licitação pública que será aplicado e ao qual se submeterá. Assim, contrapõe-se ao disposto no art. 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, ambos da Constituição Federal, dispositivos constitucionais que legitimam a União para legislar em relação às normas gerais de licitação e contratação, bem como estabelecem a licitação como princípio da Administração Pública.

Para tanto, esclarece-se o que dispõem ambos os dispositivos, a começar-se pelo art. 1º da Lei 12.452/2011, o qual versa:

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.

Como se pode observar, há a utilização dos seguintes termos “aplicável exclusivamente”. Contudo, faz-se uma ressalva, pois as situações arroladas logo em seguida nos incisos compreendem-se de modo impreciso, o que oportuniza ao Executivo uma possibilidade de escolha do regime de licitação a ser aplicado. Essa competência originariamente é do Legislativo. Essa inconsistência apresenta-se no inciso I e no inciso II, do art. 1º da Lei n. 12.462, de 2011. Por outro lado, não é o que estabelece a Carta Magna, em seu art. 37, XXI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] 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.

Outrossim, o art. 65 da Lei n. 12.462 de 2011 novamente estende a possibilidade de discricionariedade do Executivo, quando aduz que:

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrente do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço (BRASIL, 2011).

Como se pode perceber, até haver uma definição da Autoridade Olímpica, todas as contratações poderão se dar via RDC, ressalvado apenas pelo parecer da Administração Pública, contanto que “sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço” (BRASIL, 2011).

Logo de início, essa inconstitucionalidade foi identificada e arguida em Nota Técnica realizada por Procuradores da República (Athayde Ribeiro Costa, Carolina de

Gusmão Furtado, Ana Carolina Oliveira Tannus Diniz e Paulo Roberto Galvão Carvalho) e endereçada ao Procurador-Geral da República, o Senhor Roberto Gurgel. Nesse parecer, os eles expuseram suas considerações, a saber:

Houve afronta ao artigo 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI, ambos da Constituição. A Constituição estabelece o dever da Legislação federal normatizar a título de norma geral, as licitações e contratações, estabelecer ou fixar, portanto, o regime das licitações. Isto significa ter parâmetros suficientes para que o Administrador, pretendendo, satisfazer determinada necessidade administrativa – concernente a determinado objeto licitável – tenha de antemão a previsibilidade das regras a serem cumpridas nas execuções do certame licitatório. A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos” “necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GEOCOPA 2014” é uma cláusula intoleravelmente aberta, e que, a rigor indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critérios de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto. Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação “necessária” aos eventos previstos na norma, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao “Grupo Executivo – GEOCOPA 2014”. **Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidade vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade.** (NOTA AO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO DA MP 521 / 2010) (Grifo do autor).

Com base nessas considerações pertinentes, enfatiza-se que a Lei nº 12.462/2011 tem sua constitucionalidade comprometida ao deixar ao encargo da Administração Pública a escolha pela aplicação ou não de um regime de licitação mais conveniente, no que se refere à realização de determinadas obras, compras e serviços.

O segundo ponto em que reside alegação de inconstitucionalidade material refere-se à remuneração variável, a qual está prevista no art. 10 do RDC:

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

Observa-se com isso que a lei não esclareceu o que seria esse instituto, ficando esse esclarecimento para ser disciplinado por edital ou contrato. Acerca dessas incompreensões, Rezende (2011, p. 27) afirma:

[...] Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina que sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, Lei Maior).

Além disso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645 argumenta incompatibilidade com a moralidade e a impessoalidade, princípios administrativos, os quais uma vez observados, não possibilitariam caber à gestão administrativa a decisão de valores que deveriam ser pagos aos contratados. De acordo com Moura (2011, p. 6) essa prática balizada no art. 10 “em lugar de estimular a eficiência dos contratos, fomentará relações promiscuas entre o público e o privado”. Acrescenta-se trecho da referida ADIN:

A definição da equação econômico-financeira do contrato, bem como dos valores a serem percebidos a título de retribuição, é elemento que integra o processo licitatório e expõe-se à concorrência isonômica e impessoal que é própria das licitações públicas. Não pode, portanto, ser alterado injustificadamente após a conclusão das obras ou serviços contratados.

Portanto, esclarece-se que muito embora a remuneração variável não seja o principal fator gerador de inconstitucionalidade da Lei de RDC, ressalta-se que os critérios para a implantação dela na contratação deveriam estar estipulados na própria lei de forma objetiva. Sendo assim, não cabe essa atribuição a instrumentos puramente convocatórios, como os editais e contratos, os quais provêm da própria Administração Pública. Desta feita, haveria de se evitar inquietações quanto à moralidade do ente público, a qual não pode ser posta em xeque e ficar à mercê das lacunas legais.

Outro ponto controverso da lei de RDC é o sigilo de orçamento estimado. Esse é um dos aspectos mais polêmicos desse instituto de licitação. Enquanto para a Presidente da República, à época, podia ser compreendido como um mecanismo para a redução de preços e a óbice de formação de cartel (ALVARENGA, 2011), para outros pode ser entendido como um instrumento que vai de encontro à Constituição, sobretudo, ao princípio de publicidade.

Esse mecanismo foi tratado no art. 6º da Lei nº 12.462/2011, o qual versa:

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. [...]

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Não obstante o caput do art. 6º vedar a divulgação do orçamento no decorrer da licitação, o § 3º oportuniza essa divulgação se for feita juntamente com o edital dá início ao certame. Essa duplicidade faz com que se compreenda essa publicação como facultativa. Apropria-se, então, novamente das considerações de Rezende (BRASI 2011, p. 38-39), o qual compreende o referido dispositivo da seguinte maneira:

[...] ou dita expressão apenas pretende referir-se às hipóteses já tratadas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, nas quais a divulgação prévia do orçamento é obrigatória, pela própria natureza dos certames de que cuidam (julgados segundo os critérios de maior desconto ou de melhor técnica).

É importante, também, que se considere como diretamente esse mecanismo apresentado pela Lei de RDC contrapõe-se a diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a saber:

- a) Art. 40, § 2º, II, que prevê como anexo do edital do certame, orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários.
- b) Art. 44, § 1º, que veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.
- c) Art. 3º, § 3º, segundo o qual a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. (COSTA, 2012, p. 64)

Há ainda de se considerar que existem alegações que entendem que esse mecanismo trazido pelo RDC colide com o princípio de publicidade, aludido no texto constitucional, embora existam vozes doutrinárias que entendem o orçamento sigiloso como devido cumprimento da publicidade. Contudo, o que interessa tratar neste estudo são as vozes que compreendem esse mecanismo como uma afronta ao princípio constitucional.

Segundo Costa (2012, p. 65), os argumentos que defendem a violação desse princípio consideram que tudo que se refere à atuação estatal deve ser público, portanto, deve chegar ao conhecimento da população, a fim de que haja transparência e controle do exercício do Poder Público. É com base nisso, que se faz imprescindível acrescentar o disposto no texto constitucional, mais precisamente, no inciso XXXIII, do art. 5º:

[...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Com base na ADIN 4645, pode-se afirmar que há uma inversão da regra constitucional, haja que a publicidade e a transparência constam como regras na Lei Maior, sendo, portanto, o sigilo justificável excepcionalmente como, por exemplo, quando houver risco à segurança nacional, à sociedade, ou ainda quando se tratar da vida privada e intimidade de cidadão. É nesse prisma que se encontram embasadas as ideias da ADIN em questão Moura (2011, p. 6):

[...] de acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana qualquer disposição que venha em sentido oposto.

Outro aspecto a ser mencionado neste estudo no que tange à inconstitucionalidade material é a contratação integrada, a qual foi disciplinada no art. 9º da Lei 12.462/2011. Esse regime tem sua realização condicionada à prévia justificativa técnica e econômica. Ressalta-se que sua conceituação está disposta no §1º, conforme se vê a seguir:

§1º Compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (BRASIL, 2011).

Além do caráter inconstitucional formal, ao ir de encontro às normas da Lei 8.666/93, mais precisamente o art. 7º, §2º I e II e art. 40, §2º, I e II, o art. 9º pode também configurar uma inconstitucionalidade material no que cerne aos princípios da moralidade administrativa (MOURA, 2011, p. 6), bem como isonomia e julgamento objetivo, além da possibilidade de ocasionar resultados lesivos ao interesse público, de acordo com Rezende (2011, p. 46).

Conforme Santos (2011, p. 7) esclarece, observa-se lesão ao interesse público quando mesmo a produção do projeto básico das obras sendo, de acordo com a legislação, atribuição do licitante vencedor, o ente público pode estar diante de uma circunstância na qual se verifique o início do certame sem haver o balizamento mínimo da execução pretendida. Assim, a falta de parâmetros comparativos, que seriam oportunizados pelo projeto básico elaborado pela Administração, disputa com o fato de se precisar aferir o grau de adequação das propostas às necessidades existentes, o que traz a lume o subjetivismo no julgamento, segundo Costa (2012, p. 72).

Por fim, vale ressaltar que a contratação integrada já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro e, além disso, não refuta o controle pelos órgãos competentes, uma vez que as etapas de realização das obras, o resultado final e a qualidade da obra e dos serviços prestados podem ser verificados. Portanto, assume-se o seguinte posicionamento, em que pese as alegações de inconstitucionalidade que envolvem esse aspecto ora tratado, a contratação integrada não constitui uma inconstitucionalidade material.

5 CONCLUSÃO

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas surge em meio à constatação de deficiências na infraestrutura brasileira, a qual era indispensável para a realização da Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014, os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, eventos os quais o Brasil havia sido escolhido para sediar. Ademais, é oportuno destacar que, além dessas deficiências estruturais, o que também ensejou a elaboração do RDC foi a constatação da morosidade e ineficiência do processo licitatório em se tratando de contratações públicas pelo Regime Geral.

Inicialmente, a Lei 12.462/2011 propunha a reorganizar a administração do Executivo, via MP 527/2011. Contudo, a Lei teve seu texto originário alterado e após, sua finalidade estendida, perdendo ainda seu caráter temporal, vez que passou a se destinar não só à realização dos eventos desportivos supramencionados, mas também à realização das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), das obras e serviços de engenharia no Sistema Único de Saúde (SUS), de obras e serviços de engenharia nos sistemas públicos de ensino e ainda das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Nesse expediente, ressalta-se que a Lei de Regime Geral de Licitações (8.666/1993) não é eficiente e que o Poder Legislativo mostra não ter o condão de fazer as adequações necessárias. Foi nesse panorama de ineficiência do processo licitatório brasileiro “atual” que o Executivo, em uma tentativa de superá-la valeu-se do seu poder de legislar por meio de Medida Provisória, inserindo, no bojo da MP ora supracitada, um novo regime de contratações.

É oportuno mencionar que o RDC incorporou ao processo licitatório mudanças significativas, dentre as quais, ressalta-se o orçamento sigiloso, a remuneração variável e a contratação integrada. Contudo, conforme disposto no próprio texto da lei, sua adoção afasta a incidência da Lei de Regime Geral, ressalvadas as hipóteses de disposição em contrário.

Contudo, insta destacar que não obstante seja essa a alternativa mais viável e célere de licitar, o RDC gerou grande celeuma no tocante à sua constitucionalidade, sobretudo, no que cerne ao cumprimento dos pressupostos de relevância e urgência. Desta feita, pontuam-se algumas considerações gerais sobre esse instituto e as alegações de inconstitucionalidade que o cercam.

A primeira consideração a se fazer refere-se à colisão aparente que haveria entre o RDC e o Regime Geral, vez que logo de início, o referido instituto afasta a aplicação das normas gerais. Sob a ótica da União, as normas do Regime Diferenciado não configuraram normas específicas que se contrapõem às normas gerais da Lei nº 8.666/93, mas sim normas de caráter geral. Portanto, dependerá do entendimento assentado do STF enquadrar o RDC em normas gerais ou específicas e, por conseguinte, sua inconstitucionalidade.

No que tange ao rito do processo legislativo da Medida Provisória 527/2011, neste estudo, constatou-se a inclusão de matéria estranha ao texto original. Contudo, acerca dessa inserção, o STF compreende como vedação regimental e não constitucional, como arguem as alegações, o que impede de essa matéria ser apreciada pela Suprema Corte.

Ademais, no concernente à atenção aos pressupostos constitucionais de urgência e relevância na edição da MP, que é de responsabilidade do Executivo, compreende-se que não houve o cumprimento desses critérios, tendo em vista que o texto originário trazia em seu bojo o intuito de reorganizar administrativamente o Poder Executivo, sendo essa matéria considerada comum. Portanto, infere-se que esse aspecto pode ser compreendido pela Suprema Corte como inconstitucional.

Em relação às refutações sobre a discricionariedade conferida pelo RDC ao Executivo em escolher qual regime adotar nas licitações, o que vai de encontro aos dispositivos constitucionais (art. 22, XXVII e 37, caput e XXI), considera-se plausíveis. Para que essa inconsistência fosse sanada, bastava que o legislador delimitasse na própria lei, objetivamente, as hipóteses de adoção do RDC. A ausência de critérios objetivos e taxativos na própria legislação prejudica ainda outro mecanismo trazido pelo RDC, a remuneração variável.

No tocante às inovações trazidas pelo RDC, o sigilo do orçamento estimado e a contratação integrada, ressalta-se que ambos já são adotados em outros ordenamentos jurídicos, além de já fazerem parte da legislação pátria. Reitera-se, ainda, que ambos não apresentam incompatibilidades em relação à Constituição. A despeito dessas alegações, se esses institutos foram aplicados de maneira adequada, contribuem para que a Administração obtenha propostas mais vantajosas.

Diante de todas as problemáticas existentes no panorama das licitações brasileiras, sobretudo, as insatisfações que envolvem (Lei nº 8.666/93), faz-se uma sugestão no sentido de provocar o Poder Legislativo para usar sua principal atribuição compilando as normas em uma que consiga sanar as burocracias e obsolescências contidas no Regime Geral, bem como incorporar as contribuições inseridas no ordenamento brasileiro, por meio da que institui o

Pregão (Lei nº 10.520/2002), principalmente, a Lei que instituiu o RDC. Destarte, esclarece-se que a eficiência no processo licitatório só se dará mediante uma mudança no posicionamento da gestão administrativa, pautando-se nos princípios administrativos, de maneira precípua, moralidade e impessoalidade, e tendo como objetivo principal o interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ALVARENGA, Darlan, **Sigilo de orçamento de obra para copa foi mal interpretado, diz Dilma**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/sigilo-de-orcamento-de-obra-para-copa-foi-mal-interpretado-diz-dilma.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**, Buenos Aires: Depalma, v. II, 1955.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016.

_____. Advocacia Geral da União. **Informações nº 113/2011/GM/CGU/AGU**: processo N° 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>>. Acesso em: 16 de abr. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.113**. Lei Mineira n.º 13.054/1998. Emenda parlamentar. Inovação do projeto de lei para tratar de matéria de iniciativa do chefe do poder executivo. Criação de quadro de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário e sua inserção na estrutura organizacional de secretaria de estado. Equiparação salarial com defensor público. Inconstitucionalidade formal e material. Ação julgada procedente. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJe 157, 20 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4177643&pgI=6&pgF=10>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, J. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Athayde Ribeiro et al. **Nota ao projeto de lei de conversão da MP 527/2010 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas)**. Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/portal_factory/copy_of_pdfs/NT%20GT%20COPA.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.

COSTA, Fernando Henrique. **O regime diferenciado de contratações públicas: uma análise de seus aspectos constitucionais**. 2012. 80f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília UniCEUB – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS). Brasília, 2012.

CRETELLA JR., José. **Licitações e contratos do estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FAGANELLO, Matheus Rocha. **O regime diferenciado de contratações e suas alterações nas contratações públicas**. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_1_15_01.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A inversão de fases e as alterações na fase de habilitação no regime diferenciado de contratação (Lei 12.462/11)**. *Informativo Justen, pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 54, setembro 2011*. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Monica.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Revista dos Tribunais, [S.l.: s.n.], 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Verônica Vaz de. **A importância do pregão no setor público brasileiro: história, principais normas regulatórias, atores e vantagens do pregão presencial e eletrônico**.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11202>. Acesso 27 jun. 2017.

MOURA, Rodolfo Machado et al. **ADI 4645 - Lei 12.462/2011**. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf>. Acesso em: 8 de jul. de 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Mudança nas licitações**. In: Revista Colunistas de Direito do Estado, n.º 17, 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/mudanca-nas-licitacoes>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a administração de resultados**. In: Revista Brasileira de Direito Público, n.º 35. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Marcel. **Regime diferenciado de contratações: aspectos constitucionais e inovações trazidas ao campo**. 2015. 72f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei nº 12.462, de 2011**. DF: Senado Federal: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado, 2011. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 7 set. 2016.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. **ADI 4655** - Lei 12.462/ 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf>. Acesso em: 8 de jul. de 2017.

SAYAGUÉS, Laso. **Tratado de derecho administrativo**, v. I. Montevideu: Daniel H. Martins, 1974.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei nº 12.462/2011)**. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º56, outubro 2011*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

TROIB, Alan Garcia. **A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens sob o regime diferenciado de contratações públicas**. *Informativo Justen, pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 58, setembro 2011*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Alan_RDC.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Oliveira, Yamille Priscilla Castro.

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: as implicações no processo licitatório, a partir da Lei nº 12.462/2011 / Yamille Priscilla Castro OLIVEIRA. - 2017.

47 f.

Orientador(a): Felipe Costa Camarão.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Contratações Públicas. 2. Licitações. 3. Regime Diferenciado. 4. Regime Geral. I. Camarão, Felipe Costa. II. Título.