

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Júlia Fernandes de Brito

O novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Florianópolis
Julho, 2013

Júlia Fernandes de Brito

O novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de bacharel.

Orientador: MSc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Co-orientador: Esp. Felipe Cesar Lapa Boselli

Florianópolis

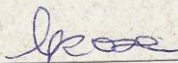
Julho, 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

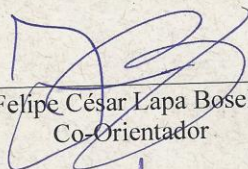
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Júlia Fernandes de Brito**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Julho de 2013.



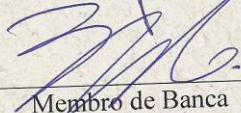
Professor(a) Orientador(a)
Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa



Felipe César Lapa Boselli
Co-Orientador



Membro de Banca
Luis Carlos Cancellier de Olivo



Membro de Banca
Bernardo Wildi Lins

Aos meus pais, pela vida, e pelo amor que me dedicam.

Ao João Vitor, meu oposito, pela paciência.

À Naninha, por sempre acreditar e incentivar.

Ao Ezequiel, por tornar essa fase mais feliz e mais leve.

À Mariana Digiacomo e ao Dr. Nelson por serem modelos.

Aos amigos, pelo carinho e pelo apoio, especialmente a Elas.

RESUMO

No âmbito do Direito Administrativo, trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, modalidade de licitação instituída pela Lei 12.462/11, criado visando à realização da Copa do Mundo de 2014, dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos eventos correlatos, num ambiente jurídico sob a égide da Lei Geral de Licitação - Lei 8.666/93. Dessa base legal, são analisados conceitos, princípios, objetivos e diretrizes gerais da licitação e as alterações introduzidas pelo RDC nomeadamente com a inclusão de novos elementos no processo licitatório da administração pública brasileira. Disso decorre a ampliação de debate jurídico de uma renovação da Lei 8.666/93 ou a ampliação e alargamento da Lei 12.462/11, um regime criado para ser excepcional e ter vigência temporária se transformando em regra geral, ou a incorporação de práticas positivas trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas à Lei Geral de Licitação.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação; Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; Lei Geral de Licitação – LGL; Lei 12.462/11; Lei 8.666/93; Copa do Mundo; Jogos Olímpicos.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
APO	- Autoridade Pública Olímpica
Art.	- artigo
atual.	- atualizada
COI	- Comitê Olímpico Internacional
CF	- Constituição Federal
ed.	- edição
FIFA	- Fédération Internationale de Football Association
LGL	- Lei Geral de Licitação
MPV	- Medida Provisória
PIB	- Produto Interno Bruto
p.	- página
PAC	- Programa de Aceleração do Crescimento
RDC	- Regime Diferenciado de Contratações Públicas
rev.	- revisada
STF	- Supremo Tribunal Federal
SUS	- Sistema Único de Saúde
v.	- volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	10
1.1. ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO	10
1.1.1. Previsão legal.....	10
1.1.2. Conceito.....	13
1.1.3. Finalidades.....	14
1.2. PRINCÍPIOS	16
1.2.1 Princípios Gerais da Administração Pública	16
1.2.2. Princípios das Licitações	20
1.3. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO E SUAS EXCEÇÕES	26
1.3.1. A regra da obrigatoriedade	26
1.3.2. Dispensa	28
1.3.3. Inexigibilidade	30
1.4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO	31
2. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC	37
2.1. O ACORDO ASSUMIDO PELO BRASIL PARA A REALIZAÇÃO DE EVENTOS ESPORTIVOS	37
2.2. A PRODUÇÃO LEGISLATIVA QUE CULMINOU COM A CRIAÇÃO DO NOVO MODELO LICITATÓRIO.....	39
2.3. PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E DIRETRIZES DO RDC.....	42
2.4. PRINCIPAIS DISPOSITIVOS	45
2.4.1. Sigilo do orçamento estimado	46
2.4.2. A indicação de marca ou modelo	49
2.4.3. O regime da contratação integrada	50

2.4.4. A remuneração variável.....	53
2.4.5. O contrato de eficiência.....	55
2.4.6. A inversão de fases	56
2.4.7. Fase recursal única.....	57
3. A EXPANSÃO DA INCIDÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	59
3.1. OBJETO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO TEXTO ORIGINAL DA LEI 12.462/11 .	59
3.2. O TRIBUNAL DE CONTAS E O RDC	66
3.3. A AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.462/11	69
3.3.1. O atual campo de incidência e as propostas de expansão.....	69
3.3.2. A solução para incorporar definitivamente ao ordenamento jurídico pátrio as inovações positivas do RDC.....	72
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

A presente monografia insere-se no âmbito do Direito Administrativo, eis que trata sobre o novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, modalidade de licitação instituída pela Lei 12.462/11. Constata-se desde já que o RDC foi criado com um fim específico, para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, todavia alterações no referido diploma legal ampliaram as hipóteses de utilização do novo regime.

O método científico utilizado foi dedutivo, pois parte-se de grandes premissas – com a análise do sistema licitatório brasileiro – para então questioná-lo ao avaliar a questão da ampliação do novo modelo de licitação, e chegar às conclusões. O método de pesquisa consistiu na realização de consulta em fontes bibliográficas, jurisprudências do Tribunal de Contas da União, artigos de periódicos consolidados, e principalmente análise de textos legais do ordenamento jurídico pátrio.

A atualidade do tema reside na contínua ampliação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, criado excepcionalmente para ser aplicado às competições esportivas que iniciaram em 2013 e que se realizarão no Brasil até 2016; no questionamento da população pelos gastos executados pelos entes públicos do País decorrentes da realização desses eventos internacionais, e por este ano completar vinte anos de vigência da Lei Geral de Licitação.

O interesse no tema foi despertado, a princípio, por uma necessidade particular da autora, e posteriormente, pela realização de um trabalho da disciplina de Direito Administrativo. Numa leitura prévia do tema, através de teses, dissertações e artigos, foi possível identificar a clara correlação que pode ser estabelecida entre a negligência com a reforma da Lei 8.666/93 e a constante produção legislativa visando ampliar a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Com a realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014, dos Jogos Olímpicos de 2016, e eventos correlatos, o Brasil ficou mais evidente no cenário mundial. Surgiu a necessidade do País viabilizar a realização desses eventos, da melhor forma possível, sendo através da construção de obras para a prática das atividades esportivas, ou de obras de infraestrutura para receber as pessoas que aqui chegarão.

Apesar do futebol ser o esporte mais popular no Brasil e a repercussão mundial que esses eventos têm, muito se discute acerca da destinação das verbas públicas e sua correta aplicação para o consecução do fim almejado. Mormente após a polêmica gerada com a realização dos Jogos Pan-Americanos na cidade do Rio de Janeiro, cujos gastos chegaram a exceder em dez vezes o valor previsto inicialmente.

Inicialmente, salienta-se que a forma de elaboração do Regime Diferenciado de Contratações Públicas vem sendo muito discutida, mas por um recorte metodológico optou-se por analisar apenas as questões materiais do novo regime, sem adentrar-se nos aspectos formais, que tornariam o trabalho muito extenso.

A base de análise é o sistema de licitação do Brasil. A partir da previsão legal, perpassando por um breve retrospecto histórico, pelo conceito de licitação e suas finalidades. A seguir, atenta-se aos princípios gerais da Administração Pública e àqueles específicos das licitações, sem os quais é impossível analisar o sistema licitatório brasileiro.

Uma vez elucidada sua previsão legal, conceituação, finalidade e seus princípios norteadores, o primeiro capítulo traz a regra da obrigatoriedade, são detalhadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitar e elencadas as modalidades de licitação, incluindo-se entre elas o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Em seguida, é analisado o novo regime de licitação; da contextualização do seu surgimento, passando-se por toda a produção legislativa que culminou com o surgimento do RDC. Na sequência examina-se os aspectos gerais da Lei 12.462/11 – que instituiu o RDC – e, por fim, os principais dispositivos do diploma legal que criou o novo modelo licitatório.

Já o último capítulo destina-se à análise do campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Parte-se da interpretação da redação original do art. 1º da Lei 12.462/11, destacando-se as discussões doutrinárias acerca do tema. Em seguida, verifica-se a posição do Órgão responsável pelo controle externo das atividades realizadas pela Administração Pública. Por fim, são expostas as alterações do dispositivo legal discutido, que vêm tentar resolver os problemas do sistema licitatório brasileiro, terminando-se com a solução mais plausível para a questão, qual seja, uma reforma bem estudada da Lei Geral de Licitação.

1. LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

1.1. ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

1.1.1. Previsão legal

Desde o Código de Contabilidade Pública da União, de 1922, até a Lei 8.666, de 21/06/1993, houve mudanças significativas na sistemática da licitação¹ no ordenamento brasileiro. (MEIRELLES, 2012). O Decreto-lei n. 200, de 25/02/1967², que estabeleceu a reforma administrativa federal, teve grande importância nessa evolução das licitações no Brasil, porquanto sistematizou pela primeira vez o procedimento licitatório³. O primeiro diploma legal a tratar exclusivamente do assunto foi o Decreto-lei n. 2.300, de 21/11/1986, que institui o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos⁴.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, XXI estabeleceu a obrigatoriedade da licitação, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade expressamente previstos em lei, *in verbis*:

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:

[...]

¹ Licitação é o procedimento administrativo, prévio ao contrato administrativo, pelo qual a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens, e, através de uma competição, escolhe aquele que oferecer a proposta mais vantajosa. Mais adiante esse conceito será tratado separadamente.

² Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. [...] Art. 125. As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto. Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

³ É o conjunto de atos administrativos preordenados, pelo qual se objetiva a escolha, entre interessados, de terceiro para a celebração de contrato administrativo.

⁴ Decreto-Lei n. 2.330, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Art. 1º Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica.

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.

O art. 175⁵ da Constituição Federal de 1988 igualmente refere-se à necessidade de licitação, ao tratar das outorgas de concessões⁶ e permissões⁷. Acerca da licitação, José Afonso da Silva (2010, p. 672) esclarece que “constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”.

A competência para legislar sobre licitação está prevista no art. 22, XXVII da Constituição de 1988, que dispõe:

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;

A respeito do referido dispositivo constitucional, José Afonso da Silva (2010, p. 673) discorre que:

[...] a licitação é um procedimento vinculado, ou seja, formalmente regulado em lei, cabendo à União legislar sobre *normas gerais de licitação e contratação*, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (art. 22, XXVII). Portanto, aos Estados, Distrito Federal e Municípios compete legislar suplementarmente sobre a matéria no que tange ao interesse peculiar de suas administrações (grifo do autor).

A competência suplementar dos Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar é tratada no art. 24, §§ 2º, 3º e 4º da CF:

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

⁵ Art. 175. 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.

⁶ Concessão de serviço público é “[...] o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* e um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta em risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço” (destaque do autor) (BANDEIRA DE MELLO, 2012, P. 717-718).

⁷ Permissão, “[...] em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou utilização privativa de bem público” (DI PIETRO, 2012, p. 236).

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

No Brasil as normas gerais⁸ sobre licitações e contratos estão previstas na Lei n. 8666/93⁹, que veio regulamentar o art. 37, XXI, da CF, sendo “um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes no direito público brasileiro” (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 34), e que é aplicada à grande maioria das licitações brasileiras.

Além da Lei 8666/93, a Lei 8.987/95¹⁰, a Lei 10.520/02¹¹, a Lei 11.079/04¹² e a Lei 12.232/10¹³, formam o cerne do sistema licitatório brasileiro (MEIRELLES, 2012). Há, ademais, outros diplomas legais que disciplinam as licitações em segmentos específicos da administração pública e outros que disciplinam modalidades específicas de licitação, como a Lei. 12.462/11, que será tratada no presente trabalho.

⁸ Por *normas gerais* devem entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. [...] continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, a faculdade de editar *normas peculiares* para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações [...], em tudo que não contrariar as normas gerais, notadamente no procedimento de licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis (MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 287, grifo do autor).

⁹ Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993. Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹⁰ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹¹ Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

¹² Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

¹³ Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

1.1.2. Conceito

Licitação, para BANDEIRA DE MELLO (2012, p. 534), consiste no:

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

HELY LOPES (2012, p. 286) entende ser “o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente”. O autor prossegue seu ensinamento, asseverando que a licitação é “apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao *contrato*, apenas uma *expectativa de direito*” (grifo do autor).

DI PIETRO (2012, p. 368), por sua vez, conceitua licitação como:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

É, não apenas um procedimento, mas um procedimento previsto em lei e cuja disciplina constará em um ato administrativo anterior, qual seja, o edital, o qual estipula critérios com o intuito de selecionar a proposta de contratação mais vantajosa e de promover o desenvolvimento nacional, observado o princípio da isonomia, e coordenado por um órgão com competência específica (JUSTEN FILHO, 2011).

MOTTA (2011, p. 02) define licitação como sendo “o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligar, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável”. Trata-se, assim, de instrumento utilizado previamente à contratação por parte do Poder Público, e obrigatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

1.1.3. Finalidades

Segundo o art. 3º da Lei 8.666/93¹⁴, a licitação destina-se a garantir: (I) a observância do princípio da isonomia; (II) a seleção da proposta mais vantajosa; (III) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Estão enumerados, assim, no *caput* do mencionado dispositivo legal, os fins buscados através da licitação.

Não há divergências na doutrina quanto às duas primeiras finalidades da licitação, quais sejam, a isonomia entre os licitantes, entendendo-se como igual oportunidade aos interessados de contratar com o poder público, e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública. O desenvolvimento nacional, terceira finalidade da licitação, foi acrescentada pela Lei 12.349/10, que alterou o art. 3º da Lei Geral de Licitações.

Acerca da referida alteração, GASPARINI (2011, p. 530) assevera ser “[...] claro que a promoção do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, encontra-se albergada no princípio do interesse público”. HELY LOPES (2010, p. 288) vai mais além, trazendo os fundamentos que levaram à inserção da terceira finalidade das licitações:

[...] a busca do desenvolvimento econômico e do fortalecimento das cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, usando-se para esse fim o poder de compra governamental, mediante novas normas que asseguram atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País. Esta terceira finalidade, segundo a “Exposição de Motivos” da medida provisória, fundamenta-se nos seguintes comandos da Constituição Federal: “(i) inciso II do art. 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do art. 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) art. 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) art. 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”.

O § 2º do art. 3º da lei 8666/93 também se coaduna com a nova redação do *caput* ao estabelecer os seguintes critérios de desempate, no julgamento das propostas:

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

¹⁴ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

~~I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)~~

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Além de ter incluído o desenvolvimento nacional sustentável entre as finalidades da licitação, a Lei 12.349/10 traz importantes medidas para atingir esse fim, dentre as quais se pode destacar a possibilidade de estabelecer margem de preferência de até 25%, sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros, nos processos de licitação para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras¹⁵.

Por fim, cabe transcrever ensinamento de BANDEIRA DE MELLO (2012, p. 534) acerca das finalidades da licitação, previstas no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclames de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

Destarte, havendo necessidade de licitar, o agente público deve observar no procedimento licitatório suas finalidades básicas. Ademais, as licitações são norteadas por princípios gerais da Administra Pública e por princípios específicos, os quais passarão a ser analisados.

¹⁵ Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

§ 5º Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

1.2. PRINCÍPIOS

1.2.1 Princípios Gerais da Administração Pública

Princípio é:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (destaque nosso) (CELSO DE MELLO, 2012, p. 974-975).

A Administração Pública é informada por princípios gerais que orientam a sua atuação, que se destinam, em primeiro lugar, a orientar o administrador na prática de atos administrativos e, em segundo lugar, a garantir a gestão correta dos negócios públicos, bem como o correto manejo do dinheiro público (SILVA, 2010).

Os princípios gerais, logicamente, aplicam-se também às licitações. Nesse sentido, MOREIRA;GUIMARÃES (2012, p. 71) esclarecem que:

O direito administrativo brasileiro é disciplina jurídica orientada por princípios explícitos e implícitos da Constituição. Esse feixe de normas superiores dá identidade ao regime jurídico-administrativo, bem como parâmetros e limites à atuação da Administração Pública. Ao seu tempo, a LGL enaltece uma gama de princípios com especial aplicação frente a essa atividade administrativa do Estado (sobretudo em seu art. 3º - cuja redação inspirou o art. 3º do RDC). Mas ressalta-se que o elenco consignado na LGL é exemplificativo, vez que a força motriz do direito administrativo é o texto constitucional.

Os princípios orientadores da Administração Pública estão previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988¹⁶, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. José Afonso da Silva (2010, p. 666) esclarece que “outros se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas de direito público (inc. XXI e §§ 1º e 6º)”.

¹⁶ 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 [...].

A *contrario sensu* da liberdade conferida aos particulares, a Administração Pública deve atuar apenas quando a lei permite. Destarte, enquanto o art. 5º, inciso II, da Carta Magna¹⁷ estabelece que os particulares apenas podem ser obrigados a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, à administração é vedada a ação, senão quando expressamente autorizada por lei; trata-se do princípio da legalidade.

Nos ensinamentos de GASPARINI (2011, p. 61) o princípio da legalidade significa:

[...] estar a Administração Pública presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. [...] Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompe inopinadamente). [...] Por fim, observe-se que o princípio da legalidade não incide só sobre a atividade administrativa. É extensivo às demais atividades do Estado.

Em relação à sua aplicação nas licitações, o princípio em comento é importantíssimo. Isto porque a licitação é procedimento inteiramente vinculado à lei, inclusive todas as suas fases estão disciplinadas na Lei 8.666/93 (DI PIETRO, 2012). Ademais, está expressamente previsto no art. 4º da Lei Geral de Licitação que:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (destaque nosso)

O princípio da impessoalidade, por sua vez, impõe que a atividade administrativa seja destinada aos cidadãos em geral. Sendo assim, os agentes públicos não podem beneficiar ou prejudicar alguém em virtude de suas condições pessoais, salvo nos casos expressamente previstos em lei; os atos administrativos devem ser voltados à coletividade e não ao cidadão individualmente considerado.

Nas licitações a impessoalidade exige, de forma mais específica, que o tratamento dado aos licitantes seja realizado de maneira a garantir a absoluta neutralidade, consubstanciando, assim, o princípio da igualdade entre os licitantes perante a Administração Pública (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

¹⁷ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Pressuposto de validade dos atos administrativos, a moralidade exige do agente público não apenas agir dentro da legalidade, mas analisar se sua ação além de legal é boa ou má, honesta ou desonesta. Nem tudo que é legal necessariamente é bom ou honesto, sendo a moral a conduta interna do agente; assim, especificamente, a moral administrativa exige que o ato seja realizado com o intuito de realizar o bem comum (HELY LOPES, 2012).

É de suma importância na atividade administrativa, motivo pelo qual a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIII¹⁸, conferiu a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular que vise à anulação de ato lesivo à moralidade administrativa.

Em relação ao tratamento dado pela Lei Geral de Licitação ao princípio da moralidade, DI PIETRO (2012, p. 380) discorre que:

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

O princípio da moralidade impõe que o desenrolar do procedimento licitatório observe determinados padrões éticos, exigindo, tanto da Administração Pública quanto dos licitantes, comportamento honesto. Com relação à Administração o princípio da moralidade é reiterado quando se faz referência à proibidade administrativa, que demanda dos agentes administrativos na realização dos certames tanto a obediência da moralidade, quanto lealdade e boa-fé no trato com os licitantes. (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

No tocante ao princípio da publicidade, previsto em diversos dispositivos constitucionais¹⁹ e infraconstitucionais, ele impõe a ampla divulgação de atos, contratos e demais instrumentos que a Administração Pública venha a firmar para que todos tomem

¹⁸ Art. 5º, inciso LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁹ Na Constituição Federal de 1988 os principais dispositivos que tratam da publicidade são o art. 5º, XXXIII (que trata do direito a informação), XXXIV, “b”, (direito a certidão), LXXII (habeas data) e o *caput* do art. 37 (publicidade é um dos princípios gerais da Administração Pública).

conhecimento, e, assim, possa ser feito o controle da atuação estatal por qualquer do povo. A publicidade será tratada de forma pormenorizada no próximo capítulo.

A emenda constitucional 19/98 materializou juridicamente o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e introduziu no *caput* do art. 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência, tornando-o um dos principais princípios norteadores da Administração Pública. Eficiência é conseguir os melhores resultados, ou seja, oferecer aos cidadãos bons serviços, que satisfaçam as necessidades públicas, com o menor custo possível; tem a ver com a relação entre os recursos empregados e suas consequências.

Para DI PIETRO (2012) a eficiência tem dois aspectos: o primeiro relacionado à atuação dos agentes públicos e o segundo está ligado à organização da Administração Pública. Assim, os agentes públicos devem desempenhar suas atribuições da melhor forma, atingindo os melhores resultados, enquanto a Administração Pública deve prestar os melhores serviços, dentro de suas possibilidades, aos cidadãos.

O princípio da eficiência não foi previsto expressamente no art. 3º da Lei n. 8.666, todavia, infere-se sua aplicação às licitações por estar previsto no art. 37 da Constituição Federal como um dos princípios gerais da Administração Pública. No presente trabalho a conceituação da eficiência é fundamental, porquanto esta foi utilizada como motivação para a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que trouxe expressamente a eficiência como objetivo e princípio²⁰.

O §1º do art. 1º da Lei nº 12.462 elenca os objetivos do RDC. [...] o regulamento especial se direciona especialmente à viabilização de eventos cuja complexidade e grandeza de contrapõem ao exíguo tempo de que se dispõe para a sua preparação. Nesse sentido, pode-se afirmar que um dos seus relevantes objetivos é conferir maior celeridade às licitações e contratações e, assim, contribuir para o cumprimento dos prazos pactuados junto às entidades internacionais responsáveis pela organização desses eventos. (ANDRADE; VELOSO, 2012, p. 31)

Os objetivos e princípios do Regime Diferenciado de Contratações Públicas serão tratados no próximo capítulo.

²⁰ Art. 1º § 1º O RDC tem por objetivos:

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

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

1.2.2. Princípios das Licitações

Além de se subsumir aos princípios gerais da Administração Pública, as licitações se sujeitam a outros específicos, elencados no art. 3º da Lei Geral de Licitações:

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

Inicialmente cabe frisar que a licitação, por si só, constitui um princípio e, conforme já mencionado, está previsto nos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal. Ele decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, que limita a liberdade de escolha do contratante pela Administração, exigindo que seja selecionada aquela que melhor atenda ao interesse público. A obrigatoriedade das empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, de se submeterem à licitação também decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2012).

Salienta-se, ainda, que com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços exploradoras de atividade econômica, tendo em vista a nova redação do art. 173, § 1º, III, da Carta Magna²¹, não estão sujeitas às regras dos diplomas legais que dispõem sobre normas gerais de licitação. Isto porque referido dispositivo estabelece que serão regidas por estatutos próprios que podem dispor sobre licitação, todavia, devem necessariamente submeter-se aos princípios das licitações.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade foram abordados anteriormente. A isonomia está ligada à imparcialidade no tratamento dado àqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Assim, os licitantes devem ser tratados

²¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

de maneira absolutamente neutra, a fim de que sejam respeitadas as finalidades da licitação e evitem-se desvios ou conluios.

Já a igualdade vai além da isonomia; exige que a Administração não apenas trate isonomicamente os licitantes, mas também possibilite que quaisquer interessados em participar do certame, e que ofereçam as condições de garantia indispensáveis, possam disputá-lo (BANDEIRA DE MELLO, 2012). É o que preconiza o art. 37, XXI da CF, que, em sua parte final, faz a ressalva de que o procedimento licitatório permitirá apenas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O art. 3º, §1º, I da Lei Geral de Licitações, inclusive, veda a possibilidade de o instrumento convocatório incluir cláusulas que possam frustrar o caráter competitivo da licitação, *in verbis*:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Até porque, segundo MOREIRA; GUIMARÃES (2012, p. 31) “a licitação presta-se também a estimular a competição entre os potenciais interessados”. Afinal, a competitividade decorre da isonomia (DI PIETRO, 2012).

Infere-se a preocupação do legislador com a igualdade e a competitividade, da leitura dos seguintes artigos da Lei n. 8.666/93: art. 3º, § 1º, incisos I e II²²; art. 30, § 5º²³; art.

²² § 1º É vedado aos agentes públicos:

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

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

²³ § 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

42, *caput*, § 3º, 4º e 6º²⁴. Todavia, o § 1º do art. 3º da LGL traz também algumas ressalvas para permitir que seja concedido tratamento diferenciado: (I) quando o fator de *driscrímen* for relevante para o objeto específico do contrato; (II) para garantir a margem de preferência prevista nos §§ 5º a 12²⁵; (III) para as hipóteses aludidas no art. 3º da Lei n. 8.248/91²⁶; (IV) para a definição dos critérios de desempate²⁷. Ademais, a Lei Complementar 123/06 concedeu benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, que foram estendidos às cooperativas²⁸ pela Lei n. 11.488/07 (DI PIETRO, 2012).

A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 1996, define microempresas ou empresas de pequeno porte como:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

²⁴ Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

[...]

§ 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

[...]

§ 6º As cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino.

²⁵ Vide tópico 1.1.3.

²⁶ Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º Revogado.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns [...], poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico [...].

²⁷ Vide tópico 1.1.3.

²⁸ As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência e cujo objetivo fundamental é a prestação de serviços, conforme dispõe o art. 4º da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

As exceções estabelecidas em favor dessas pessoas jurídicas específicas justificam-se pela posição desigual que ocupam frente às empresas de natureza diferenciada, respeitando, portanto, a isonomia, e têm fundamento nos arts. 170, IX²⁹ e 179³⁰ da Constituição Federal.

JUSTEN FILHO (2009, p. 451) discorre acerca da isonomia e a diferenciação estabelecida entre os particulares, sendo que a primeira não veda necessariamente a segunda, desde que não seja arbitrária:

Há equívoco em supor que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. O ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração Pública.

Assim, tem-se que a isonomia no procedimento licitatório divide-se em duas etapas. Na primeira, são fixados no edital os critérios de diferenciação que serão adotados na escolha do contratante. Na segunda, escolher-se-á, dentre aqueles que participaram do procedimento, o que melhor atende aos critérios pré-fixados pela Administração Pública.

O princípio da probidade administrativa, por sua vez, reitera o da moralidade³¹. Para GASPARINI (2011, p. 531), através dele “impede-se a prática de atos ou a seleção de propostas atentatórias da probidade administrativa, ou seja, que não traduzam a melhor satisfação para a Administração Pública”.

A inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório desencadeia a nulidade do procedimento licitatório (DI PIETRO, 2012), sendo ele direcionado aos licitantes de forma geral (tanto à Administração Pública quanto aos particulares). O art. 41

²⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

³⁰ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

³¹ Vide tópico 1.2.1.

da LGL reafirma a vinculação ao instrumento licitatório ao estabelecer que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Segundo HELY LOPES (2010, p. 51):

[...] estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação [...]. O mesmo ocorre com o *convite*, que é um edital restrito. (destaque do autor)

O instrumento convocatório mencionado, logicamente, pressupõe-se ser constitucional e legal, caso contrário deverá ser impugnado, e, posteriormente, ter sua nulidade decretada. Vale lembrar ainda, ele não pode ser substancialmente alterado ao longo do certame, caso contrário, deve ser republicado, bem como reabertos todos os prazos nele previstos. Assim, somente podem ser convalidados vícios formais menos expressivos (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

O julgamento das propostas deve ser feito com base em critérios objetivos, quais sejam, os estabelecidos no ato convocatório e os termos das propostas. O princípio do julgamento objetivo, além de previsto no *caput* do art. 3º da LGL é reafirmado nos arts. 44³² e 45³³ do mesmo diploma legal.

O princípio em comento visa refrear o subjetivismo no julgamento das propostas, sendo assim, “os critérios devem estar claramente estipulados no instrumento convocatório, sob pena de nulidade” (GASPARINI, 2011, p. 542). O autor ainda define que critério objetivo é aquele que permite, mediante simples confrontação entre as propostas, saber qual é a vencedora da licitação, quando o julgamento é o de menor preço (GASPARINI, 2011).

Isto porque (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 547):

Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes *indispensáveis para a aferição das propostas* -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente

³² Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

³³ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irreduzíveis a um plano excludente de opiniões pessoais. (destaque do autor)

Depreende-se do ensinamento de JUSTEN FILHO (2009, p. 449) a respeito das licitações, a materialização do princípio do julgamento objetivo neste tipo de procedimento:

O procedimento de licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra, o resultado final não decorre de critério decisório subjetivo. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais satisfatória segundo critérios objetivos, isso significa que, ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase teria de ser a mesma.

A doutrina não é unânime quanto aos demais princípios informadores das licitações. Para HELY LOPES (2010) além dos constantes no referido dispositivo legal, são, outrossim, irrelegáveis ao procedimento licitatório, sob pena de invalidação: procedimento formal, sigilo na apresentação das propostas e adjudicação compulsória ao vencedor.

Segundo GASPARINI (2011) os previstos no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/93 são apenas os princípios gerais aplicáveis às licitações; existem outros: da padronização, da competitividade, da fiscalização da licitação, formal e formalismo. DI PIETRO (2012) menciona, especialmente, os da adjudicação compulsória, da ampla defesa, da razoabilidade, da motivação, da participação popular e, aponta mais recentemente o da licitação sustentável. JUSTEN FILHO (2011), por sua vez, discorre que as licitações também se sujeitam aos princípios da proporcionalidade, da eficácia e da vantajosidade.

No ensinamento de BANDEIRA DE MELLO (2012, p. 547):

[...] os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) *competitividade*, b) *isonomia*; c) *publicidade*; d) *respeito às condições prefixadas no edital*; e e) *possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento aos princípios anteriores*. Afora o princípio da competitividade, que, embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, I, e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência. Os cânones em causa devem obrigatoriamente informar qualquer licitação.

Em suma, além das regras trazidas pela Lei Geral de Licitações e os princípios e finalidades previstos expressamente neste diploma legal, que é o mais importante em matéria de licitações, outros princípios extraem-se de seus dispositivos e da interpretação teleológica da Lei n. 8.666/93 e devem ser observados no procedimento licitatório.

1.3. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO E SUAS EXCEÇÕES

1.3.1. A regra da obrigatoriedade

A Administração Pública, para a consecução de seus objetivos pode atuar direta ou indiretamente. No último caso, através de contratos administrativos celebrados com particulares ou com outras entidades administrativas, como bem ensina HELY LOPES (2012, p. 221):

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. Nessa conceituação enquadram-se os ajustes da Administração direta e da indireta, porque ambas podem firmar contratos com peculiaridades administrativas que os sujeitem aos preceitos do Direito Público.

Todavia, enquanto nos contratos entre particulares a liberdade de contratar é ampla, ressalvadas as restrições legais, nos contratos administrativos há uma série de limitações e de requisitos, os quais devem ser observados. Ademais, o contrato administrativo exige licitação prévia, salvo nos casos de dispensa e inexigibilidade, conforme aduz Marçal JUSTEN FILHO (2010, p. 11):

O contrato administrativo é um acordo de vontades com efeitos vinculantes, de que participa a Administração Pública e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer algo economicamente avaliável. [...] todo contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de uma licitação. Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

Assim, a regra no direito brasileiro é a obrigatoriedade da licitação, sendo a dispensa e a inexigibilidade exceções, que devem estar previstas em lei, conforme o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo em comento exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações. O art. 175 da Carta Magna, por sua vez, ao tratar das outorgas de concessões e permissões, estendeu a obrigatoriedade da licitação para essas hipóteses.

Além da previsão constitucional, outros diplomas legais trazem hipóteses de exigibilidade de licitação. O art. 2º da Lei Geral de Licitação impõe a licitação prévia às obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações, enquanto o parágrafo único do art. 1º dispõe que além dos órgãos da Administração

Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios subordinam-se à LGL.

Os artigos 118 e 119 da Lei n. 8.666/93, por sua vez, dispõem:

Art. 118. Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei.

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Contudo, como mencionado anteriormente, em que pese as empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços exploradoras de atividade econômica, tendo em vista a nova redação do art. 173, § 1º, III, da Carta Magna³⁴, não precisarem se sujeitar às regras da Lei n. 8.666/93, seus estatutos, que podem dispor sobre licitação, devem, necessariamente, respeitar os princípios das licitações previstos tanto na Constituição Federal quanto na Lei Geral de Licitações. E ainda, não havendo o estatuto, ou este não fazendo menção a licitação, essas entidades continuam a submeter-se à LGL.

Por fim, cabe fazer uma ressalva em relação às entidades privadas que recebem repasses do poder público. É o caso das Organizações Sociais (OS)³⁵, das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)³⁶, das fundações de apoio³⁷ e outras entidades do terceiro setor³⁸. Estas são entidades de colaboração e estão sujeitas à Lei Geral de

³⁴ Vide tópico 1.2.2

³⁵ O art. 1º da Lei n. 9637/98 prevê que “O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.

³⁶ A Lei n. 9790/99 Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

³⁷ O art. 1º da Lei 8.958/94 preconiza que “As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, sobre as quais dispõe a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos”.

³⁸ É o caso dos Serviços Sociais Autônomos, o chamado Sistema “S”, como são: SENAI, SENAC, SESI, SESC, SEBRAE, dentre outros.

Licitações quando as aquisições, compras, serviços ou alienações envolvam recursos ou bens que a União tenha voluntariamente repassado, valendo a mesma regra para os consórcios públicos (DI PIETRO, 2012).

1.3.2. Dispensa

O Art. 37, XXI, da CF, trata da obrigatoriedade da licitação, ressalvados os casos previstos na legislação. O art. 175, que exige licitação para a concessão e a permissão, todavia, não fez a mesma ressalva. Assim, em relação às concessões e permissões “apenas em situações de inviabilidade de competição poderá deixar de ser realizada licitação” (DI PIETRO, 2012, p. 388).

As ressalvas previstas na legislação dividem-se em dispensa e inexigibilidade. No caso da dispensa é possível a competição, mas em determinados casos a lei a dispensa. Ou, “embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2010).

Para GASPARINI (2011), há ainda a distinção entre dispensa e dispensabilidade. Assim, enquanto na dispensa as situações que a ensejam estão previstas na lei, na licitação dispensável, ou dispensabilidade, assim como no caso da inexigibilidade, há a necessidade de um ato prévio da Administração Pública para liberar-se da obrigatoriedade de licitar. HELY LOPES (2010), no mesmo sentido, distingue a licitação dispensada, aquela que a lei declara como tal, e prevista no art. 17, incisos I e II, da LGL, enquanto nas hipóteses de licitação dispensável (ou dispensabilidade) a Administração poderá deixar de realizar, a seu juízo, sendo 29 casos, previstos no art. 24, incisos I a XXIX.

Por outro lado, DI PIETRO (2012) assevera que há casos em que, não obstante haja a possibilidade de competição, a lei faculta a dispensa, ficando à cargo da discricionariedade da Administração Pública realizá-la ou não, enquanto outros casos escapam à discricionariedade porquanto a lei determina a dispensa.

O art. 17, incisos I e II da Lei 8.666/93 é um desses casos que a lei determina a dispensa da Licitação. O inciso I do art. 17 da Lei Geral de Licitação traz o rol dos casos de

dispensa para a alienação de bens imóveis, enquanto o inciso II elenca os casos para a alienação de bens móveis.

O § 2º do referido dispositivo legal traz as hipóteses em que, dispensada a licitação, a Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis. O § 4º, por sua vez, preconiza que “a doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado”.

No mais, os casos de dispensa estão estabelecidos no art. 24 da Lei Geral de Licitação. JUESTEN FILHO (2010) divide as hipóteses de dispensa em quatro categorias: (a) quando o custo econômico da licitação foi maior que o benefício que dela irá advir (incisos I e II); (b) quando a demora na licitação possa tornar ineficaz a contratação (incisos III, IV, XII e XVIII); (c) quando inexistir benefício em virtude da licitação (incisos V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX); (d) quando a contratação não for orientada pela vantajosidade econômica, pois o Estado busca a realização de outros fins (incisos VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII).

“A hipótese do inc. XXII não se subordina perfeitamente a nenhum dos casos. Trata-se, muito mais, de ausência de licitação em vista da aplicação dos princípios da legislação específica acerca de um serviço público cujas características são totalmente singulares” (JUSTEN FILHO, 2010). O autor também não encaixa os incisos VIII, XVI, XXIII, XXVIII e XXIX em nenhuma categoria por tratar-se de casos peculiares.

A divisão dos casos previstos no art. 24 da Lei 8.666/93 em categorias não é unânime na doutrina³⁹, todavia, não se discute que os casos de dispensa não podem ser ampliados. Para GASPARINI (2011, p. 574) o rol do art. 24 da LGL “é taxativo, não podendo, portanto, as entidades que devem observância a esse princípio aumentá-lo no momento da execução da lei. A interpretação há de ser sempre restritiva”. Isto porque a dispensa é uma exceção à regra de exigibilidade de licitação quando possa haver competição.

³⁹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2012) divide as hipóteses de dispensa em quatro categorias: a) em razão do pequeno valor; b) em razão de situações excepcionais; c) em razão do objeto; d) em razão da pessoa

1.3.3. Inexigibilidade

As inexigibilidades estão previstas no art. 25 da Lei Geral de Licitação, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O parágrafo 1º do dispositivo supratranscrito dispõe que se considera de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorra de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, e que permita inferir que o seu trabalho é essencial e o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

É de suma importância a previsão do § 2º do art. 25 da LGL, o qual estabelece que nos casos de inexigibilidade, bem como os casos de dispensa, a responsabilidade solidária pelo dano causado à Fazenda, se comprovado superfaturamento, do fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Para GASPARINI (2011, p. 605) a inexigibilidade:

Não se trata, assim, de uma faculdade outorgada à pessoa obrigada, em tese, a licitar, mas do reconhecimento legal de que esta em certos casos pode celebrar o negócio de seu interesse sem o prévio procedimento licitatório, haja vista a inviabilidade de se instaurar uma competição para a escolha da melhor proposta. Portanto, será inexigível a licitação sempre que houver inviabilidade fática de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa.

HELY LOPES (2010, p. 157), por sua vez, aduz que “há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, que pelos objetivos sociais visados pela Administração. Em suma, falta o *pressuposto da competição*”. BANDEIRA DE MELLO (2012) assevera que nos casos de contradição objetiva entre a

finalidade jurídica buscada pela Administração e a realização do procedimento licitatório, porquanto este impossibilitaria o alcance daquele, falta pressuposto jurídico da licitação e, não sendo caso de licitação dispensável, é de inexigibilidade.

A doutrina não diverge em afirmar que, diferentemente da dispensa, o rol do art. 25 não é taxativo. Afinal, na inexigibilidade a competição não é possível, podendo ocorrer em outras situações não previstas dispositivo legal em comento. Ademais, a redação do *caput* deixa claro que o rol é meramente exemplificativo ao dispor que “quando houver inviabilidade de competição”, em especial naqueles casos expressamente previstos.

Por fim, o art. 26 da Lei Geral de Licitações prevê que:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Assim, tanto nos casos de dispensa, dispensabilidade ou inexigibilidade de licitação, deve haver, necessariamente, motivação ou justificativa por escrito, em um processo, de forma que fique demonstrada a hipótese que ensejou a inoportunidade da licitação. O parágrafo único do art. 26 elenca os elementos com os quais o processo de dispensa deve ser instruído, sendo eles: I – quando for o caso, caracterização da situação de emergência ou calamidade; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; e IV - documento de aprovação dos projetos e pesquisa aos quais os bens serão destinados.

1.4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei Geral de Licitação, em seu art. 22 prevê cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Por sua vez, o § 8º do referido dispositivo legal veda a possibilidade de criação de novas modalidades ou combinação das cinco. Todavia, a Medida Provisória n. 2.026/00 criou o pregão como nova modalidade licitatória.

HELLY LOPES (2010) ensina que além das modalidades de licitação, a lei instituiu os tipos permitidos (menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior oferta). Estes indicam o critério que será utilizado para o julgamento das propostas, sendo que tanto a

modalidade quanto o tipo devem constar no instrumento convocatório. Afirma, ainda, que licitação é o gênero, enquanto as modalidades são as espécies.

BANDEIRA DE MELLO (2012) assevera que o sistema brasileiro compreendia cinco modalidades de licitação, previstas no art. 22 da Lei 8.666, não havendo dúvida de que atualmente há uma sexta modalidade, prevista na Lei 10.520/02. Em sentido contrário, além das cinco modalidades expressamente previstas na Lei 8.666/93, para MOREIRA; GUIMARÃES (2012, p. 110):

Atualmente existem três espécies extravagantes à LGL cujas características autorizam seu exame neste capítulo, ainda que de forma breve. Isso porque, com o passar do tempo, a racionalidade destas três ordens de licitação tenderá a substituir aquela celebrada pela LGL, cujo centro de gravidade é a modalidade concorrência. Isto é: a tradicional LGL está em processo de extinção, por meio da expulsão normativa do seu habitat natural. Há cada vez menos espaço fático para a LGL viver (destaque nosso).

Segundo JUSTEN FILHO (2011, p. 462) “a expressão ‘modalidade’ é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e ao critério de vantajosidade escolhido”. Diógenes GASPARINI (2011) denomina as três primeiras modalidades (concorrência, tomada de preços e convite) de grupo de modalidades sem finalidade específica, porquanto qualquer das três pode levar à contratação de obra, serviço, fornecimento ou alienação.

Concorrência, nos termos do § 1º do art. 22 da LGL “é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”. Assim, a concorrência é uma modalidade que proporciona uma disputa mais ampla, pois qualquer interessado, desde que preencha os requisitos mínimos, pode participar.

A concorrência “é modalidade licitatória genérica destinada a transações de *maior vulto*, precedida de ampla publicidade, à qual podem acorrer *quaisquer interessados* que preencham as condições estabelecidas” (destaque do autor) (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 569). É a modalidade licitatória mais importante. MOREIRA; GUIMARÃES (2012) asseveram ser ela o rito ordinário do processo licitatório.

O órgão competente, na concorrência, deverá publicar o edital com antecedência mínima de 45 ou 30 dias até o recebimento das propostas ou da realização do evento (art. 21, § 2º, incisos I e II da LGL). Acerca dos casos que se subsumem à modalidade licitatória em comento:

[...] salvo exceções, nos termos da LGL, a concorrência se aplica: (i) para contratos de alto valor (art. 23, I, “c”, e II, “c”, e § 6º); (ii) para contratação de parcela de obra, de serviço ou de compra cuja soma das parcelas atinja o valor previsto para esta modalidade (art. 23, §§ 2º e 5º); (iii) para contratação de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, desde que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (art. 23, § 5º); (iv) para o registro de preços (art. 15, § 3º, I); (v) para compra ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (arts. 17, I, e 23, § 3º) (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 103).

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

É prevista a tomada de preços para contratos de valor logo inferior ao previsto para a concorrência, e o que as distingue e caracteriza a tomada de preços é a habilitação preliminar (HELY LOPES, 2010). Há, assim, uma restrição àqueles que podem participar, porquanto devem estar previamente cadastrados, nos moldes do art. 34 e seguintes da LGL⁴⁰, ou preencherem as condições para cadastramento até 3 (três) dias antes do recebimento das propostas.

A lei anterior não trazia esta última hipótese; podiam participar apenas aqueles já cadastrados. Acerca do assunto DI PIETRO (2012, p. 408) discorre que:

O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o

⁴⁰ Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

§ 1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

§ 2º É facultado às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Art. 35. Ao requerer inscrição no cadastro, ou atualização deste, a qualquer tempo, o interessado fornecerá os elementos necessários à satisfação das exigências do art. 27 desta Lei.

Art. 36. Os inscritos serão classificados por categorias, tendo-se em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 desta Lei.

§ 1º Aos inscritos será fornecido certificado, renovável sempre que atualizarem o registro.

§ 2º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

Art. 37. A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências do art. 27 desta Lei, ou as estabelecidas para classificação cadastral.

procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já a que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem na tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.⁴¹

O art. 23, § 3º da Lei n. 8.666/93 dispõe que:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Conforme ensinamento de BANDEIRA DE MELLO (2012, p. 571), trata-se de “modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os *valores mais baixos*, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos *três* pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, *cadastradas ou não* [...] (destaque do autor)”. A entidade licitante deverá enviar a carta-convite ou disponibilizá-la com antecedência mínima de 5 dias até o recebimento das propostas (art. 21, § 2º, inciso IV da Lei 8.666/93).

“Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite” (art. 22, § 7º da LGL). Por outro lado, caso haja na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, o § 6º do art. 22 preconiza que, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, obrigatoriamente deverá ser convidado, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Concurso é a modalidade de licitação “entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias” (art. 22, § 4º da Lei 8.666/93). O prêmio poderá ter valor econômico ou poderá constituir-se em honraria de natureza diversa (JUSTEN FILHO, 2011).

O § 5º do art. 51 da LGL prevê que o concurso será julgado por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame,

⁴¹ No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 123) aduz: “A Lei 8.666, de 1993, aproximou a *tomada de preços da concorrência*, exigindo a publicação do aviso (art. 21) e permitindo a participação de todos aqueles que estejam em condições de obter o cadastramento, desde que apresentem a documentação até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, § 2º)” (grifo do autor).

sejam elas servidores públicos ou não. O art. 52, por sua vez, preconiza que o concurso será precedido de regulamento próprio⁴², que será obtido pelos interessados em local indicado no edital e, tratando-se de projeto, “o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente” (§ 2º).

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

Acerca da modalidade licitatória em comento, JUSTEN FILHO aduz que:

O leilão se peculiariza pela concentração, em uma única oportunidade, de diversos atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa. Além disso, o leilão se diferencia pela possibilidade de multiplicação das propostas por parte de um mesmo interessado. No leilão, os interessados comparecem em data preestabelecida para o ato, formulando verbalmente suas propostas. Os proponentes ficam vinculados por sua proposta até que outra, mais elevada, seja formulada. [...]

Dentre as novas modalidades de licitação, encontra-se o pregão, disciplina pela Lei n. 10.520/02⁴³. O pregão poderá ser adotado para aquisição de bens e serviços comuns (art. 1º), compreendidos estes, nos termos do parágrafo único do diploma legal em comento, como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Trata-se de hipótese de licitação por menor preço, existindo duas modalidades de pregão: o presencial e o eletrônico. O pregão presencial, ou comum, é regulamentado no âmbito federal, pelo Decreto n. 3.555, enquanto o eletrônico, na esfera federal, é regulamentado pelo Decreto n. 5.540. O pregão trouxe grandes inovações⁴⁴, e “reduziu ao

⁴² Art. 52, § 1º da Lei 8.666/93: “O regulamento deverá indicar: I - a qualificação exigida dos participantes; II - as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; III - as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.

⁴³ Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

⁴⁴ Dentre as mais importantes, pode-se mencionar a inversão das fases; assim, o exame da habilitação ocorre em momento posterior ao do julgamento do preço. A inversão das fases foi, inclusive, repetida pela Lei 12.462/11, que instituiu o RDC.

máximo as formalidades licitatórias, a fim de permitir a celebração de contratos com menores custos de transação e maior celeridade” (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 111).

Como segunda espécie extravagante à Lei Geral de Licitação, MOREIRA; GUIMARÃES (2012), esclarece que a concorrência-pregão ocorre nos casos de licitação para contratos de concessão, tendo como possíveis consequências a inversão de fases, o saneamento de falhas documentais meramente formais, e a determinação do vencedor por lances realizados oralmente, após a abertura das propostas.

Por fim, a última modalidade de licitação está prevista na Lei n. 12.461/11⁴⁵, objeto de análise no presente trabalho. A lei em comento institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aplicável a apenas algumas situações específicas, e regulamentado pelo Decreto n. 7581/2011.

MOREIRA; GUIMARÃES (2012, p. 42) aduzem que:

“[...], é nítido que a Lei 12.462/2011 diz respeito à configuração de nova e especial *tipologia das licitações e contratações públicas*, pois ordena num só diploma normativo o específico conjunto de preceitos jurídicos que apenas a este instituto são singulares. Com isso, esta lei especial instalou dissociação específica entre o RDC e as demais licitações e contratações administrativas. Apesar de eventuais semelhanças e remissões, fato é que foi criado regime jurídico inaugural mediante a positivação de conjunto certo de preceitos normativos, visando a fim diverso daqueles já positivado em outras normas (ou conjunto de) (destaque do autor).

Posto que a questão não seja pacífica, DI PIETRO (2012) está entre os doutrinadores que classificam o Regime Diferenciado de Contratações Públicas como modalidade licitatória. Forçoso é que o RDC trouxe grandes inovações ao sistema de contratação de bens e serviços no Brasil, solucionando antigos problemas das licitações, mas trazendo outros. Passa-se agora a analisar em que contexto surgiu esse novo modelo licitatório e as principais inovações trazidas por ele.

2. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC

2.1. O ACORDO ASSUMIDO PELO BRASIL PARA A REALIZAÇÃO DE EVENTOS ESPORTIVOS

O Brasil, após ser escolhido para sediar a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas, assumiu o compromisso de realizá-los através de acordos firmados com organizações internacionais responsáveis por seu arranjo. Com a FIFA travou o Caderno de Encargos⁴⁶ para a realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo de Futebol⁴⁷, e com o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional foi realizado o Acordo da Cidade-Sede⁴⁸ para a realização das Olimpíadas e das Paraolimpíadas do Rio de Janeiro.

Surgiu, destarte, o dever jurídico do Brasil em não apenas realizar, como bem realizar esses importantes eventos esportivos. Não basta a construção de estádios, ginásios, velódromos, mas é necessário viabilizar a infraestrutura não apenas para os atletas, como para os funcionários que trabalham na realização dos eventos, e para os turistas que virão assistir aos jogos. Nesse sentido ZOCKUN esclarece (2012, p.15):

É notório que a realização desses eventos demandará a construção de um plexo de obras capazes de permitir a prática de variadas atividades desportivas. Além disto, outras benfeitorias deverão ser edificadas, reparadas e ampliadas para o desenvolvimento de atividades inerentes e indissociáveis a esses eventos, tais como: (i) acomodação para os atletas e equipes de apoio, (ii) alocação da mídia nacional e internacional e respectivos equipamentos, (iii) prestação de serviços necessários ao

⁴⁶ Caderno de Encargos da Fifa – 5ª Edição, 2011. Disponível em: <<http://www.secopa.ba.gov.br/sites/default/files/Caderno%20de%20Encargos%20da%20FIFA%20-%205a%20edicao%20-%202011%20-%20Portugues%20-.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

⁴⁷ Foi publicada também a Lei da Copa – Lei 12.663, de 05 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis n^{os} 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.

⁴⁸ O Acordo da Cidade-Sede é assinado por todas as cidades candidatas e ratificado pela cidade eleita para sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. Ele especifica em detalhes os direitos e obrigações de todas as partes envolvidas na organização dos dois eventos, estabelecendo as bases para a parceria que fundamenta o trabalho do Comitê Organizador com o Comitê Olímpico Internacional, o Comitê Paraolímpico Internacional e seus parceiros. Disponível em: <http://www.rio2016.org.br/sites/default/files/parceiros/hc_en.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2013.

desenvolvimento destes eventos; (iv) prestação de variada gama de serviços aos nacionais e estrangeiros que apreciarão, *in loco*, esses eventos, dentre outros. Afora isso, e como subproduto destes eventos, turistas de todos os quadrantes do mundo afluirão ao território nacional e aos locais de realização dessas competições. Isso demandará construção, ampliação ou melhoria de portos, aeroportos, rodoviárias, sistema viário, transporte público, acomodação pública e privada, dentre outras.

Além dos aspectos políticos e sociais⁴⁹ desses eventos esportivos, há um panorama favorável a oportunidades econômicas, movimentação financeira, escoamento de capital externo; e, se durante sua realização a Administração observar os requisitos da probidade administrativa e da eficiência, todas as variáveis contribuem para o crescimento econômico do País (MOTTA; BICALHO, 2012).

A projeção realizada pela empresa Value Partners Brasil Ltda, contratada por licitação pelo Ministério do Esporte, aponta que a Copa do Mundo de 2014 deverá agregar até 183 bilhões ao PIB brasileiro até 2019, o que corresponderá a um aumento de 0,4% ao ano ao PIB do Brasil. Estima-se ainda que a Copa terá como impactos diretos 33 bilhões em investimentos em infraestrutura; 9,4 bilhões gerados por 3,7 milhões de turistas (entre turistas nacionais e internacionais); e um incremento de 5 bilhões no consumo das famílias brasileiras entre 2010 e 2014, em virtude do aumento das oportunidades de emprego⁵⁰.

Para a consecução do fim almejado, qual seja, a concretização da Copa das Confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, a Administração Pública já celebrou e ainda irá celebrar contratos administrativos, os quais devem ser precedidos de licitações. No Brasil é a Lei n. 8.666/93 que institui normas gerais relativas à quase totalidade das contratações públicas, sejam da Administração direta ou indireta.

A regulamentação do art. 37, XXI, da CF pela Lei Geral de Licitação, que trouxe normas gerais sobre licitações, não veda, todavia, a edição de outros diplomas legais acerca do tema. À União compete privativamente legislar sobre normas gerais de licitação, enquanto os Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar suplementarmente. A confirmação dessa afirmativa dá-se pela publicação da Lei nº. 10.520/02, que instituiu o pregão como modalidade de licitação no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não faltam críticas à LGL em virtude de seus enrijecidos e ultrapassados institutos, que tornam o procedimento licitatório excessivamente burocrático e longo. Nesse

⁴⁹ Segundo Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho (2012) o futebol não é apenas o esporte mais popular no Brasil, ele já faz parte da cultura nacional

⁵⁰ Disponível em <http://www.copa2014.gov.br/pt-br/brasilecopa/sobreacopa/numeros>. Acesso em 18 mai. 2013.

contexto, ante a proximidade dos eventos esportivos e a falta de celeridade das licitações, a União valeu-se de sua competência para publicar a Lei Federal 12.462/11⁵¹, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, e, assim, nova modalidade licitatória.

Acerca do assunto, MOREIRA; GUIMARÃES (2012, p. 42) discorrem que:

“[...] o RDC não revogou quais quer disposições de leis anteriores referentes a licitações e contratações ordinárias (por isso nelas não incide), mas, sim, estabeleceu um novo e especial regime, aplicado a conjunto expressamente limitado de licitações e contratações públicas.”

Até chegar-se à redação final da Medida Provisória n. 527, convertida na Lei n. 12.462/11, todavia, foram promulgadas outras medidas provisórias e foram feitas alterações significativas no texto original da MP n. 527, como veremos adiante.

2.2. A PRODUÇÃO LEGISLATIVA QUE CULMINOU COM A CRIAÇÃO DO NOVO MODELO LICITATÓRIO

O Executivo federal, no contexto explicitado, ante a falta de celeridade dos procedimentos licitatórios no Brasil e a escassez de tempo para a execução das diversas obras necessárias à realização dos eventos esportivos que o País sediará, editou as Medidas Provisórias nºs 488 e 489, publicadas no Diário Oficial da União em 13 de maio de 2010.

A primeira autorizava a criação da Empresa Brasileira de Legado Esportivo S.A. – BRASIL 2016, empresa pública sob a forma de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério do Esporte. O art. 3º dispunha que sua finalidade seria a prestação de serviços à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como à Autoridade Pública Olímpica - APO, para elaboração e revisão de estudos e projetos, e execução de obras e serviços constantes da Carteira de Projetos Olímpicos da citada APO. A

⁵¹ Lei n. 12.462, de 05 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

BRASIL 2016 seria dissolvida em 31 de dezembro de 2018, podendo ser prorrogada por, no máximo, dois anos (art. 14)⁵².

A MPV n. 489, por sua vez, autorizava a União a integrar, na forma de consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica – APO, em conjunto com o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro. A APO, nos termos do art. 2º, teria por objetivo coordenar a participação da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, especialmente para assegurar o cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional - COI.

A Medida Provisória em comento também previa a extinção da APO em 31 de dezembro de 2018, ou antes, por decisão unânime dos membros do Conselho Público Olímpico, que, do mesmo modo, poderiam deliberar quanto à extensão do prazo de duração do consórcio por até dois anos. Ademais, nos seus artigos 12 a 24, trazia regras acerca de procedimentos de licitações e contratos aplicáveis às obras e serviços relativos aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, ou relacionados à infraestrutura aeroportuária necessária à realização da Copa do Mundo FIFA 2014, muitas das quais foram inseridas na Lei n. 12.462/11.

O Executivo, no mês de dezembro do mesmo ano tomou outras providências com o intuito de facilitar os preparativos para os eventos esportivos. A MPV n. 496/10 foi convertida na Lei n. 12.348/11 que dispõe, dentre outras coisas, sobre o limite de endividamento de Municípios em operações de crédito destinadas ao financiamento de infraestrutura para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A MPV n. 497/2010, por sua vez, foi convertida na Lei n. 12.350/10 que, dentre outras previsões, dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, da Copa das Confederações Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014.

⁵² Medida Provisória n. 488, de 12 de maio de 2011. Art. 5º A relação comercial entre a BRASIL 2016 e os órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, bem como a APO, dar-se-á por meio do estabelecimento de contratos de prestação de serviços. Parágrafo único. Ficam os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a APO, autorizados a contratar a BRASIL 2016 para a execução de obras e serviços constantes da Carteira de Projetos Olímpicos da citada APO, observado o disposto no art. 3º, dispensada a licitação.

As Medidas Provisórias n. 488 e 489, mencionadas anteriormente, não foram apreciadas no prazo previsto no art. 62 da Constituição Federal⁵³, perdendo sua eficácia. Foi então baixada a Medida Provisória n. 527/11⁵⁴ para alterar a Lei n. 10.683/10, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, alterar a Lei n. 11.182/05, que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil, e a Lei n. 5.862/71, que disciplina a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

A MPV n. 527/11 nada dispunha acerca de licitações, todavia, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, foi apresentado o PLV - Projeto de Lei de Conversão (CN), n. 17 de 2011, pelo Deputado José Guimarães, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e mantendo as disposições do texto original⁵⁵. Após a aprovação do projeto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, e sua sanção pela Presidente da República, restou promulgada a Lei n. 12.462/11.

O principal fundamento para a instituição do RDC foi justamente a urgência na realização das obras públicas necessárias à realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo de Futebol, das Olimpíadas e das Paraolimpíadas. Essa urgência pode ser percebida também da análise da produção legislativa que terminou com a promulgação da Lei 12.462/11, cuja constitucionalidade é discutida no Supremo Tribunal Federal, inclusive em virtude de vício formal no processo legislativo⁵⁶.

Por fim, a Presidente da República, no uso de suas atribuições, conforme disposto no art. 84, IV da Constituição Federal, decretou que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei n. 12.462/11, fica regulamentado pelo Decreto n. 7.581,

⁵³ Constituição Federal de 1988. Art. 62, § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

[...] § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

⁵⁴ Medida Provisória n. 527, de 18 de março de 2011. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

⁵⁵ Projeto de Lei de Conversão (CN) n. 17 de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495378>>

⁵⁶ Há duas ADIs que questionam a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a) ADI n. 4.645, proposta pelo PSDB, DEM e PPS; e b) ADI n. 4.655, proposta pelo Exmo. Procurador-Geral da República, que serão tratadas no próximo capítulo.

publicado em 11 de outubro de 2011. Este detalha aspectos práticos, que auxiliam na aplicação do novo modelo licitatório por parte da Administração Pública.

2.3. PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E DIRETRIZES DO RDC

A Lei n. 12.462/11⁵⁷, conforme anteriormente mencionado, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; alterou a Lei nº. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); criou a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissões e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autorizou a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; e alterou ainda outras leis.

Seu núcleo principal, contudo, é o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto no capítulo I, do art. 1º ao 47 da Lei n. 12.462/11. É, destarte, uma normal geral de licitação por força da competência da União para legislar sobre normais gerais de licitação e contrato (art. 22, XXVII da CF/88), aplicando-se, de forma vinculada, a todos os entes federativos (MOTTA; BICALHO, 2012). Nesse sentido também:

“[...]premissa que deve orientar a hermenêutica de toda a Lei 12.462/2011: o RDC é regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem a natureza de norma geral e que, por isso mesmo, tem autonomia interpretativa – tanto em relação às licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos extraordinários (pregão, concessões comuns e parcerias público-privadas). Isto significa dizer que não se deve ler a Lei 12.462/2011 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos)” (destaque nosso) (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 39).

No presente trabalho será analisado apenas o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que incorporou inovações previstas em legislações especiais, como as

⁵⁷ O diploma legal em comento é dividido em quatro capítulos. O primeiro trata do regime Diferenciado de Contratações Públicas; o segundo, intitulado de “Outras Disposições”, trata na seção I das alterações da organização da Presidência da República e dos Ministérios, na seção II das adaptações da legislação da Anac, na seção III da adaptação da legislação da Infraero, na seção IV da adaptação do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos, na seção V dos cargos decorrentes da reestruturação da Secretaria de Aviação Civil, na seção VI trata do pessoal destinado ao controle de tráfego aéreo e, por último, na seção VII da criação do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC); o terceiro capítulo trata das disposições finais; o quarto e último das revogações.

normas do Pregão e da Petrobrás⁵⁸, com o intuito de desburocratizar e reduzir os custos das contratações públicas no Brasil (OLIVEIRA; FREITAS, 2011).

O art. 3º da Lei nº 12.462/11 traz o rol dos princípios que devem ser observados nas licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC, são eles 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”. Assim, em contrapartida à previsão do art. 3º da Lei Geral de Licitação, a Lei 12.462/11 trouxe expressamente os princípios da eficiência e da economicidade.

Segundo o art. 4º⁵⁹ serão observadas as seguintes diretrizes nos contratos e licitações submetidos à Lei n. 12.462/11: (I) padronização do objeto da contratação; (II) padronização dos instrumentos convocatórios e minutas de contratos; (III) busca de maior vantagem para a Administração, considerando custos e benefícios, inclusive de natureza social e ambiental; (IV) condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável; (V) utilização, sempre que possível, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas locais, desde que não comprometa a eficiência na execução do objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado; e (VI) o parcelamento do objeto, sempre que viável.

As diretrizes amparam-se nos princípios da segurança jurídica (no tocante às padronizações), da eficiência (no que se refere à remuneração variável pelo desempenho) e da economicidade (na busca de maior vantagem econômica para a Administração Pública). Ademais, percebe-se a consagração pelo RDC da tendência denominada de função regulatória

⁵⁸ Durante a explanação acerca das práticas trazidas pelo novo regime, serão destacadas aquelas já previstas na Lei do Pregão e no Regulamento do Procedimento Licitatório da Petróleo S.A. - Petrobrás.

⁵⁹ Lei 12.462/11. Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:
I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;
II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;
III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;
IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;
V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e
VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

da licitação, ou seja, da busca não apenas da economicidade nas contratações, mas também de outros valores constitucionais (OLIVEIRA; FREITAS, 2011).

Nesse sentido, o § 1º do art. 4º prevê que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar também as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A observância dos princípios e diretrizes leva à consecução dos objetivos estabelecidos no § 1º do art. 1º do referido diploma legal, *in verbis*:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

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

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

III - incentivar a inovação tecnológica; e

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

Da análise dos objetivos e diretrizes depreende-se que a eficiência norteia as diretrizes e os objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Essa busca pela eficiência, ANDRADE; VELOSO (2012, p. 32) ensinam, “parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de interesses coletivos qualificados pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis”.

A persecução da eficiência fica clara nas inovações trazidas pelo novo modelo licitatório, como a contratação integrada, a remuneração vinculada pelo desempenho (diretriz

do RDC), a previsão de que apenas vícios insanáveis acarretam desclassificações de licitantes ou invalidade de atos administrativos, a fase recursal única, a previsão dos procedimentos auxiliares, a inversão da fase de habilitação. As principais inovações trazidas pelo RDC serão tratadas no próximo tópico.

Acerca do § 1º do art. 1º e do art. 4º da Lei 12.343/11, MOTTA; BICALHO (2012, p. 71) discorrem que:

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

Percebe-se assim, desde sua concepção, o primado da eficiência como norte das contratações submetidas ao RDC, e que, conforme bem esclarecido da reprodução do ensinamento *supra*, o diploma legal em comento foi além de apenas estabelecer princípios, objetivos, trazendo regras para que se torne possível a consecução dos mesmos. Todavia, não basta apenas a previsão legal, a Administração Pública na aplicação da *legis* deve seguir esse comportamento esperado, para que o fim almejado pelo legislador seja alcançado.

2.4. PRINCIPAIS DISPOSITIVOS

O intuito com a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi o de dar maior agilidade ao procedimento licitatório e, para isso, foram estabelecidos diversos mecanismos que serão ora tratados. O objetivo não é de discorrer exhaustivamente acerca de todos, mas de apenas elucidar quais as principais ferramentas trazidas pelo novo diploma legal para otimizar as licitações. Cabe ressaltar que muitas dessas práticas já eram utilizadas pontualmente, conforme será destacado.

2.4.1. Sigilo do orçamento estimado

O sigilo do orçamento estimado, trazido pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, é o que enseja os maiores debates e que gera maiores controvérsias, não apenas entre juristas, como pela imprensa também. É, inclusive, uma das previsões indicadas como inconstitucionais por afronta ao princípio da publicidade na ADI n. 4.645⁶⁰.

Inicialmente, tem-se que a publicidade é tratada pela Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos, não apenas como dever da Administração, mas também como um direito fundamental do cidadão. Nesse sentido, o art. 5º, XIV assegura o acesso à informação, o inciso XXXIII o direito a receber informações de órgãos públicos, o inciso XXXIV garante o direito de petição aos Poderes Públicos e a obtenção de certidões em repartições públicas independentemente do pagamento de taxas.

O inciso LX, por sua vez, estabelece que a lei apenas pode restringir a publicidade dos atos processuais em prol da defesa da intimidade ou do interesse social, e ainda, o inciso LXXII do art. 5º traz o *habeas data*, a garantia constitucional para assegurar o conhecimento ou retificação de informações.

No mesmo ano da instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, foi promulgada a Lei n. 12.527/11, que regulou o acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, e traz como diretrizes:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Pois bem, a Constituição estabeleceu que a publicidade e a transparência na atuação da Administração Pública é a regra, sendo o sigilo a exceção. Partindo dessa

⁶⁰ A ADI 4.645 questiona ainda a inconstitucionalidade do art. 15, § 2º, da Lei n. 12.462/11 por violação ao princípio da publicidade

premissa, percebe-se que no Regime Diferenciado de Contratações Públicas a publicidade é mitigada.

O art. 6º, *caput* e § 3º, da Lei n. 12.462/11, prevê o sigilo do orçamento estimado:

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.

Destarte, depreende-se da leitura do art. 6º que o orçamento permanece sigiloso até a conclusão do procedimento licitatório, com acesso irrestrito apenas aos órgãos de controle externo e interno, o que dificulta o controle prévio dos atos da Administração Pública pelos cidadãos, que apenas terão acesso ao final da licitação.

O Decreto n. 7.581/11, que regulamenta a Lei do RDC, por sua vez, estabelece no art. 9º que o orçamento previamente estimado será tornado público “apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

Para DIAS, FERREIRA (2012) aparentemente o objetivo com a mitigação da publicidade seria o de evitar conflitos entre os terceiros que disputam a licitação. No entanto, o sigilo do orçamento estimado não é a medida adequada para evitar as fraudes, mormente por restringir a publicidade dos atos administrativos.

Em sentido contrário, segundo MOREIRA; GUIMARÃES (2012, p. 160) inexistente ofensa ao princípio da publicidade no sigilo do orçamento previamente estimado:

[...] É que não há, na hipótese do RDC, propriamente subtração da publicidade do orçamento, uma vez que ele será amplamente divulgado imediatamente depois da disputa. Trata-se, portanto, de impor apenas a restrição subjetiva e temporal à veiculação do orçamento, não se podendo falar em sigilo ou confidencialidade das informações.

No trabalho que analisou se o RDC é contrário aos cartéis, a partir da ótica da teoria dos leilões⁶¹, as disposições do novo regime foram divididas em cinco grupos, inserido no terceiro o orçamento sigiloso:

⁶¹ A teoria dos leilões é um ramo específico de estudos criado pela ciência econômica, sendo muito utilizado em pesquisas experimentais.

No terceiro grupo, há aquelas disposições que geram tanto efeitos positivos como negativos no combate aos cartéis. Aqui se encontram a questão do orçamento sigiloso (fornece parâmetro para a definição da proposta majorada x maior acirramento da competição) e a pré-qualificação (barreira de entrada x fator de incerteza na competição). Apenas o tempo dirá quais destes efeitos premodinarão na práxis o RDC (LIRA; NÓBREGA, 2011, p. 58).

Além da previsão do art. 6º da Lei 12.462/11, o art. 15 do diploma em comento também traz restrições à publicidade. No inciso I do parágrafo primeiro é permitida à Administração, nos casos de consórcios entre entes públicos, a publicação do edital apenas no ente de maior nível. Já o parágrafo segundo do art. 15 dispensa a publicação do extrato dos editais, no caso de licitações de obras cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou, no caso de bens e serviços, inclusive de engenharia, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Por fim, ressalta-se o sigilo do orçamento previamente estimado já vem sendo utilizado nas licitações no Brasil nos casos abrangidos pelo Decreto n.º 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS. No decreto em comento não há qualquer previsão de divulgação do orçamento estimado antecipadamente, e assim a Petrobrás usualmente adota a não divulgação.

O posicionamento do Tribunal de Contas da União acerca do assunto variou ao longo desses 15 anos de vigência do Decreto n.º 2.745/98. Em determinados momentos entendeu-se que o orçamento deveria ser divulgado, e em outros não. Segundo CARDOSO (2012, p. 90):

[...] o TCU reconhece a possibilidade de que não seja dada ampla publicidade ao orçamento estimado, nas hipóteses em que isso prejudique a atividade-fim da Petrobras e causa empecilhos à sua atividade negocial. Evidentemente o prejuízo à atividade negocial que derivaria da divulgação prévia do orçamento estimado corresponde justamente aos efeitos que se pretende evitar quando se defende a não divulgação de informações a respeito do preço estimado do objeto licitado.

Dessa forma, o TCU em caso similar entendeu que, desde que o orçamento seja disponibilizado aos órgãos de controle, o orçamento previamente estimado pode manter-se sigiloso.

2.4.2. A indicação de marca ou modelo

Em contraposição à regra de vedação da indicação de marcas, características ou especificações exclusivas, salvo casos muito pontuais, prevista na LGL (arts. 7, § 5º⁶² e 15, § 7º, I⁶³), o art. 7º, I da Lei n. 12.462/11 permite, diante da aplicação do RDC, no caso de licitação para aquisição de bens, a indicação de marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b” e “c”.

Assim, em decorrência da necessidade de padronização do objeto (alínea “a”); quando determinada marca/modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante (alínea b); ou 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” (alínea c), poderá a administração indicar marca ou modelo.

Para TROIB (2012, p. 109) a indicação de marcas e modelos é “uma técnica que permite maior agilidade e melhor cumprimento ao princípio da padronização. Entretanto, requer uma fundamentação técnica consistente para que não resulte na quebra da isonomia dos licitantes”.

Apesar da vedação prevista na LGL, CAMMOROSANO (2012, p. 43) não vislumbra diferenças substanciais entre a previsão da Lei 8.666/93 e da Lei 12.462/11:

E não vislumbramos diferenças substanciais porque embora a regra, no sistema da Lei 8.666/93, seja da vedação da indicação de marca (art. 15, § 7º, I), referida vedação não tem o caráter absoluto que depreende de uma primeira e apressada leitura do referio dispositivo legal. E isto porque, uma interpretação sistemática da lei não pode olvidar que o art. 7º, § 5º, da mesma lei [...], ao vedar licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, ressalva os casos em que for tecnicamente justificável. Portanto, nos casos em que o interesse público só possa ser alcançado com aquisição de produto de determinada marca, e desde que haja suficiente justificativa técnica devidamente explicitada nos autos do processo de contratação, a regra da vedação deixa de incidir, tanto no sistema da Lei 8.666/93 quanto no RDC (destaque nosso).

⁶² Lei n. 8666/93. Art. 7º [...] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

⁶³ Lei n. 8666/93. Art. 15 [...] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; [...].

Outrossim, o Tribunal de Contas da União já pacificou entendimento no sentido da possibilidade de indicação de marcas em licitações, desde que fundadas em razão de ordem técnica ou econômica, e devidamente justificadas pelo gestor, sem que haja ofensa ao princípio da isonomia, nem restrição ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n.1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara).

2.4.3. O regime da contratação integrada

Em que pese a contratação integrada não estar prevista na Lei 8.666/93, ela não é nova no ordenamento jurídico brasileiro. O Decreto n. 2.745/98, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás, traz a possibilidade de utilização desse instituto sempre que economicamente favorável⁶⁴.

A Lei 12.462/11 ao elencar no art. 8⁶⁵ os regimes admitidos na execução indireta de obras e serviços de engenharia, inovou em relação à LGL. Além de repetir nos demais incisos a previsão do art. 10, II, da Lei 8.666/93⁶⁶, trouxe, no inciso V do art. 8, a possibilidade da contratação integrada. Não bastasse isso, o parágrafo 1º do art. 8 dispõe que será preferencialmente adotada, ao lado da empreitada por preço global e da empreitada integral, a contratação integrada.

⁶⁴ Decreto n. 2.745/98. 1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

⁶⁵ Lei 12.462/11. Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

- I - empreitada por preço unitário;
- II - empreitada por preço global;
- III - contratação por tarefa;
- IV - empreitada integral; ou
- V - contratação integrada.

⁶⁶ Lei 8.666/93. Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

- I - execução direta;
- ~~II - execução indireta, nas seguintes modalidades:~~
- II - execução indireta, nos seguintes regimes:
 - a) empreitada por preço global;
 - b) empreitada por preço unitário;
 - c) (Vetado).
 - d) tarefa;
 - e) empreitada integral.

O art. 9 da Lei 12.462/11, por sua vez, prevê que nas licitações de obras e serviços e engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que verificada sua viabilidade técnica e econômica, que deverá ser justificada pela Administração.

O § 1º do dispositivo em comento esclarece que a contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, bem como a montagem, realização de testes, pré-operação e as demais operações necessárias para a entrega final do objeto contratado, enquanto o §5º do art. 8º dispõe que em todos os regimes, com exceção do de contratação integrada, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente.

Observa-se que o legislador autorizou que o projeto básico, que sempre foi obrigatoriamente promovido pela Administração Pública, na contratação integrada seja realizado pelo particular. Sendo assim, vai-se muito além da empreitada integral, que até então era a forma de execução que mais ampliava as atividades a serem desenvolvidas pelo licitante durante a execução do contrato.

Todavia, “à primeira vista parece bastante discutível a constitucionalidade desse dispositivo trazido pelo art. 8º, inciso V, e art. 9º do RDC. Isso porque o processo licitatório tem como premissa a *comparação objetiva* entre as propostas [...]” (DAL POZZO, 2012-B, p. 71). Afinal, é através do projeto básico que a Administração Pública estabelece o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que pretende contratar.

A não estipulação dos elementos que deverão constituir o objeto da licitação ou a sua imprecisão podem causar graves consequências, como o oferecimento de propostas inexequíveis, ou com valor excessivamente oneroso ao erário, podendo causar transtornos na execução do contrato, ou pior, frustrar por completo a disputa. Isso porque as efetivas condições técnicas e econômicas da contratação ficariam postergadas para o momento da execução do contrato.

Possivelmente de forma a evitar a celebração de contratos com condições desconhecidas pelas partes, o art. 9º trouxe no § 2º, inciso I, que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço. Conclui-se da interpretação do dispositivo em comento e da análise dos princípios e diretrizes previstos na Lei 12.462, que o anteprojeto deve ser mais simples que o projeto básico.

Destarte, se o objetivo com a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi de dar maior celeridade ao procedimento licitatório, o anteprojeto de engenharia seria um documento técnico menos complexo, e assim concluído num prazo mais exíguo, realizado pela Administração Pública de forma a orientar os licitantes para o oferecimento de suas propostas e os critérios de julgamento. O edital, por sua vez, deve trazer aos indicadores de resultado e fins a serem atingidos pela particular contratado, tendo em vista a maior liberdade conferida a este na execução contratual.

Segundo a ênfase no controle sobre os fins e resultados a serem atingidos na execução do contrato em que for eleita a contratação integrada, REISDORFER (2012, p. 157) observa que:

[...] a autonomia do contratado está condicionada pelas balizas previamente estipuladas no instrumento convocatório. É a partir delas que o particular deverá cogitar das soluções possíveis para atingir os fins e resultados que a Administração espera obter. Logo, a contratação integrada não poderá implicar a outorga de “carta-branca” ao particular. O contratado ficará obrigado a cumprir as especificações do anteprojeto e os padrões e resultados fixados no edital. O controle da atuação do particular se dará, se for o caso, acompanhado da aplicação das penalidades cabíveis e do uso das garantias contratuais, sem prejuízo de se estabelecer a possibilidade de um controle indutivo por meio da previsão de remuneração variável[...] (destaque nosso).

Por fim, cabe salientar que o § 4º do art. 9º veda a realização de termos aditivos nos contratos firmados em que tenha sido adotada a contratação integrada, salvo se destinada a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de caso fortuito ou força maior (inciso I), ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações “para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666⁶⁷, de 21 de junho de 1993” (inciso II).

A vedação à realização de termos aditivos parece ter sido estipulada também em virtude da maior liberdade conferida ao particular na execução do contratato. Aliás, com a contratação integrada não apenas a liberdade, mas a responsabilidade do particular também foi ampliada. Se, por um lado, um dos objetivos da contratação integrada é a celeridade, por outro ela vem resolver um problema sério enfrentado pela Administração Pública na execução de contratos.

⁶⁷ Lei n. 8666/93. Art. 65 [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Ocorria muito nos contratos realizados sob a égide da Lei 8.666/93, a alegação pela empresa contratada para a execução da obra da necessidade de realização de outro projeto executivo, em virtude da inviabilidade de se executar a obra conforme o que era realizado por empresa diversa. Realiza-se então novo projeto executivo e, conseqüentemente, alteravam-se os custos daqueles contratos. Assim, a Administração Pública acabava arcando com custos muito maiores que os previstos no momento da realização da licitação.

Nesse sentido, considerando que na contratação integrada a mesma empresa realiza os projetos básico e executivo, e ainda executa a obra, não há como alegar-se a impossibilidade de execução da obra nos termos do projeto executivo, o que por si só já reduziria os termos aditivos nos contratos. Ademais, a Lei 12.462/11 trouxe expressamente essa vedação, conforme mencionado anteriormente, no § 4º do art. 9º.

2.4.4. A remuneração variável

Como regra geral, nos contratos regidos pela Lei Geral de Licitação não se vincula a remuneração do particular aos resultados obtidos com a sua realização. Muito pelo contrário, o art. 55, III, da Lei 8.666/93 estabelece que todo contrato deve conter cláusula que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

Contudo, segundo SCHWIND (2012, p. 175):

[...] há situações em que a remuneração do particular é diretamente vinculada à obtenção de determinadas vantagens ao Poder Público. Assim, a Administração remunerará o contratado apenas se a execução do contrato propiciar determinado benefício previamente estabelecido. O caso mais comum é o da contratação de serviços advocatícios pela Administração, quando se prevê que o contratado receberá um percentual sobre o benefício proporcionado ao Poder Público. O Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da contratação de risco em situações desse tipo. No Acórdão TCU n. 589/2004 tratou-se da contratação de escritório de advocacia que seria remunerado por um percentual sobre os benefícios obtidos para a Administração.

O art. 10, *caput*, da Lei 12.462/11 trouxe expressamente a possibilidade de remuneração variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, “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”. REISDORFER (2012) destaca que a remuneração variável pode até mesmo servir de instrumento de controle do particular dos contratos que adotarem o regime de contratação integrada.

O Decreto 7.581/11, em seu art. 70, regula o supramencionado dispositivo legal, e estabelece os seguintes critérios para sua estipulação:

Art. 70. Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;

II - ao valor a ser pago; e

III - ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.

O art. 8º, XIV do decreto em comento, por sua vez, prevê que o instrumento convocatório definirá critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, reduzindo-se o espaço para instalação de dúvidas que permitam juízo de valor desses critérios, os quais devem estar estipulados da forma mais clara possível.

AURÉLIO (2012) ressalva que as metas devem ser atingíveis em condições normais, porquanto se forem inatingíveis fica caracterizada o desvio de sua finalidade. Os padrões de qualidade, por sua vez, devem ser objetivos, de forma que qualquer cidadão comum possa avaliá-los, enquanto os critérios de sustentabilidade ambiental apresentam maior dificuldade, pois demandam conhecimento técnico específico. Quanto ao prazo de entrega, tratando-se de critério objetivo por natureza, deve-se atentar se o prazo para o cumprimento da obrigação é exequível.

O ato de avaliação “[...] deverá ser de natureza vinculada⁶⁸. O ato administrativo de aprovação terá de ser expedido se cumprida a determinação contratual e independentemente do juízo subjetivo e pessoal do avaliador” (AURÉLIO, 2012, p. 89). Destarte, em tais hipóteses, motivada e demonstrada a utilidade da medida, a empresa contratada receberá um acréscimo em seu pagamento.

2.4.5. O contrato de eficiência

A Lei 12.462/11 trouxe outro mecanismo que vincula a remuneração do contratado à obtenção de um resultado futuro. No art. 23 do diploma legal em comento há a previsão do contrato de eficiência, que nos termos do § 1º:

[...] terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

O § 3º, por sua vez prevê que:

Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

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

⁶⁸ A Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 4.645, proposta perante o STF pelo PSDB, DEM e PPS, questiona o art. 10 da Lei n. 12.462/11 sob o argumento de que ele confere discricionariedade excessiva ao gestor público, ofendendo assim os princípios da moralidade e da impessoalidade.

2.4.6. A inversão de fases

Incumbe destacar inicialmente que a licitação é um procedimento, sendo assim, o gestor público deve obedecer a uma sucessão preordenada de atos, a serem estabelecidos pela lei. A lei 12.462/11, em seu art. 12, dispõe que o procedimento de licitação deve seguir a seguinte ordem: (I) preparatória; (II) publicação do instrumento convocatório; (III) apresentação de propostas ou lances; (IV) julgamento; (V) habilitação; (VI) recursal; e (VII) encerramento.

O parágrafo único do art. 12, por sua vez, prevê que “a fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório”. Outrossim, o Decreto n. 7.581 estabelece que “a fase de habilitação poderá, desde que previsto no instrumento convocatório, anteceder à fase de apresentação de propostas ou lances” (art. 14, parágrafo único).

O procedimento licitatório previsto na Lei Geral de Licitação, por sua vez, segue uma ordem diferente, em que a habilitação é prévia ao julgamento das propostas. Assim, tem-se que no procedimento licitatório tradicional a análise das propostas apresentadas é condicionada ao preenchimento das exigências relacionadas à habilitação. Esta fase do procedimento consiste na apuração da capacidade e idoneidade dos particulares interessados em contratar com a Administração Pública.

A inversão das fases, com o julgamento das propostas em etapa anterior à da habilitação já foi prevista em outros diplomas legais anteriores à Lei 12.462/11. A Lei do Pregão trouxe essa previsão, tida como uma das mais relevantes características dessa modalidade licitatória, e a Lei de Parcerias Público-Privadas trata do assunto em seu art. 13, como uma faculdade conferida à Administração.

Na Lei 12.462/11, todavia, a inversão de fases não é uma faculdade, mas sim uma regra. E no RDC a inversão é impositiva em virtude da busca por maior celeridade, tendo em vista que a habilitação é uma das etapas mais complexas do procedimento licitatório. Assim, ao analisarem-se previamente as propostas, reduz-se o número de habilitações que serão examinadas.

A exceção é a habilitação prévia, cabível desde que motivada e que expressamente prevista no instrumento convocatório, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 12.462/11. Trata-se da inversão de fases da inversão de fases, ou seja, o procedimento licitatório seguirá o rito geral previsto na Lei 8.666/93.

Justamente pela Lei do RDC ter trazido no art. 14, incisos II e III, a expressão “inversão de fases” no sentido contrário ao habitualmente utilizado, MOTTA; BICALHO (2012, p. 172) adverte:

A doutrina e a jurisprudência sempre definiram a “inversão de fases” com fulcro no modelo da Lei 8.666/93, segundo o qual a habilitação dos licitantes vinha *antes* do julgamento das propostas. Assim, o “inverso” desse modelo seria proceder *primeiro* ao julgamento, depois à habilitação. Constata-se, todavia, que a Lei do RDC institucionalizou, *como procedimento padrão*, a habilitação pós-julgamento o art. 12. Tendo-o feito, passa a designar como *inversão de fases* o modelo tradicional de habilitação *prévia* ao julgamento [...]. Trata-se, como visto, de uma pequena complicação sem consequências, ficando o leitor avisado que, a partir do dispositivo em exame, a lei emprega a expressão *inversão de fases* em sentido contrário ao encontrado habitualmente na legislação, na jurisprudência e nos estudos sobre o tema (destaque do autor).

Há críticas à utilização indiscriminada da habilitação pós-julgamento, pois a análise prévia da proposta pode contaminar a análise da capacidade e dos critérios de idoneidade do particular, que ocorre na fase da habilitação. Nesse sentido, LEFÈVRE (2012, p. 212):

No modelo tradicional, a ordem das fases tem por objetivo evitar que o conhecimento dos termos da proposta faça com que a Administração seja mais tolerante no que diz respeito ao exame dos requisitos de habilitação. Partiu-se do pressuposto de que a prévia ciência acerca do conteúdo da oferta poderia acarretar a conivência da Administração quanto a eventuais incompletudes e defeitos na documentação apresentada pelo licitante. Por conta disso, restou definido que a fase de habilitação deveria ser anterior ao julgamento das propostas.

MOTTA; BICALHO (2012) corrobora desse entendimento, e assevera ainda que o princípio da vantagem da licitação na modalidade do pregão (consequentemente no caso do RDC também) tem sua aplicação deturpada, pois a análise dos valores das propostas, que ocorre anteriormente, prepondera, prejudicando outros fatos igualmente relevantes.

2.4.7. Fase recursal única

A Lei 8.666/93 permite a interposição de recursos durante o procedimento licitatório, podendo ocorrer após cada decisão administrativa. Se, por um lado, essa

disposição está em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa, pode diminuir a celeridade da licitação.

A Lei do Pregão (Lei n. 10.520/02) inovou ao adotar regime jurídico semelhante no seu art. 4º, XVIII, o qual dispõe que:

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos [sic];

O art. 27 da Lei 12.462/11 prevê a fase recursal única, todavia esta não será cabível em todas as situações. Aplica-se somente nas hipóteses em que a habilitação ocorrer após o julgamento, nesses casos a fase recursal única ocorrerá após a habilitação do licitante que vencer a licitação. Nos casos denominados pela Lei 12.462/11 como “inversão de fases” (como vimos anteriormente, é a regra geral da Lei Geral de Licitação, em que a habilitação é prévia ao julgamento das propostas) permanece a regra da Lei 8.666/93.

Todavia, pondera SOUZA (2012, p. 141):

[...] a adoção de apenas uma fase única recursal não é suficiente para garantir a efetiva melhora na celeridade dos certames licitatórios. A verificação prática da norma se mostra, em algumas hipóteses, desastrosa, exigindo a repetição de atos e um grande retrocesso o procedimento, que acaba por atrasar ainda mais o processo, porém, por outro lado, quando inexistem problemas de legalidade na fase inicial do certame, o novo procedimento recursal mostra-se vantajoso.

Finda a análise das principais práticas trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, muitas das quais já trazidas em diplomas anteriores à Lei do RDC, passa-se a analisar agora em que hipóteses essa nova modalidade licitatória pode ser utilizada, e a ampliação dessas hipóteses, decorrente de leis ulteriores, que alteraram o art. 1º da Lei 12.462/11.

3. A EXPANSÃO DA INCIDÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1. OBJETO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO TEXTO ORIGINAL DA LEI 12.462/11

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, conforme abordado no capítulo anterior, surgiu em virtude da falta de celeridade dos procedimentos licitatórios no Brasil e a escassez de tempo para a execução das diversas obras necessárias à realização dos eventos esportivos que o País sediará. Deduz-se ter sido essa a razão de se excepcionar a Lei Geral de Licitação, a partir da leitura do texto original do art. 1º da Lei 12.462/11:

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

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

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

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

Os objetivos do RDC, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 1º, são:

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

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

III - incentivar a inovação tecnológica; e

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

Por fim, o § 2º estabelece que a opção pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas “deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

Inicialmente, percebe-se que a expressão “necessários à realização” não delimita de forma específica quais contratos e licitações seriam abrangidos pelo RDC. Pode tratar-se tanto da construção dos locais de realização das competições, como a melhoria de portos, aeroportos, acomodações públicas, ante a larga margem de interpretação ensejada pelo dispositivo em comento.

O inciso I faz referência a licitações e contratos para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, “constantes da Carteira de Projetos Olímpicos”, a ser definida pela “Autoridade Pública Olímpica (APO)”. Esta entidade foi constituída como consórcio público⁶⁹ pela Lei 12.396/11, que ratificou o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro, e a Cidade do Rio de Janeiro⁷⁰.

A APO, nos termos da cláusula quarta do referido Protocolo, tem por objetivo coordenar a participação da União, do Estado do Rio de Janeiro e de sua Capital na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, especialmente para assegurar o cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional para esses fins.

A Carteira de Projetos Olímpicos, por sua vez, nos termos da cláusula terceira, VII, do Protocolo de Intenções, abrange o “conjunto de obras e serviços selecionados pela APO como essenciais à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016”. Já a cláusula sexta estabelece que “a APO deverá dar transparência aos critérios de seleção dos projetos que integrarão a Carteira de Projetos Olímpicos, priorizando o atendimento das exigências gerais estabelecidas pelo COI”.

De acordo com o Protocolo de Intenções ainda, a Diretoria Executiva da APO apresenta ao Conselho Público Olímpico, que é órgão colegiado e instância máxima da APO, a proposta de Carteira de Projetos Olímpicos⁷¹. O Conselho Público Olímpico é formado pelos Chefes dos Poderes Executivos da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município

⁶⁹ De acordo com a cláusula terceira, V, do Protocolo de Intenções, consórcio público é a pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, e demais normas específicas aplicáveis, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica.

⁷⁰ A Lei n. 5.949/11 do Estado do Rio de Janeiro, e a Lei n. 5.260/11, do Município do Rio de Janeiro, também ratificam o Protocolo de Intenções.

⁷¹ Lei 12.396/11. PROTOCOLO DE INTENÇÕES. Cláusula décima quinta. Parágrafo segundo - Compete à Diretoria Executiva: [...] III - apresentar ao Conselho Público Olímpico a proposta de Carteira de Projetos Olímpicos;

do Rio de Janeiro, ou por representantes por eles designados, cujas decisões serão tomadas por unanimidade⁷².

Compete ao Conselho Público Olímpico, por sua vez, segundo a cláusula décima primeira, parágrafo quinto, III, do Protocolo, aprovar a Carteira de Projetos Olímpicos. Ou seja, o poder executivo dos entes federativos envolvidos é que decidirá quais projetos constarão na Carteira de Projetos Olímpicos, e, conseqüentemente, em quais projetos poderá ser utilizado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Lei 12.462/11, no entanto, prevê nas suas disposições finais, no art. 65, que a até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se excepcionalmente o RDC às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º, desde que imprescindíveis ao cumprimento das obrigações assumidas perante o COI e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Para ANDRADE; VELOSO (2012), essa fundamentação deve versar:

[...] principalmente, sobre o impacto que a adoção do regime especial de contratações teria para o tempestivo cumprimento dos referidos compromissos internacionais. De igual modo, parece adequado que se identifique, para cada obra ou serviço, os prejuízos que decorreriam da não aplicação do RDC, ou os eventuais danos de se aguardar a definição do conjunto global dos projetos olímpicos, para apenas depois adotar o regime diferenciado.

O inciso II faz alusão a licitações e contratos para a realização da Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo de 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014, que faz parte de um Comitê Gestor – CGCOPA 2014 e, no tocante a obras públicas, restringe a aplicação do novo regime àquelas “constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Tanto o GECOPA 2014 quanto o CGCOPA 2014 foram instituídos pelo decreto federal sem número, que terminou por ser denominado de decreto de 14 de janeiro de 2010, o qual foi alterado pelos decretos de 07 de abril de 2010, 06 de setembro de 2010 e 26 de julho de 2011. A atribuição do CGCOPA 2012, nos termos do art. 1º do decreto de 14 de janeiro de

⁷² Lei 12.396/11. PROTOCOLO DE INTENÇÕES. Cláusula décima primeira. A APO terá como instância máxima o Conselho Público Olímpico, órgão de natureza colegiada e permanente, constituído pelos Chefes dos Poderes Executivos da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, ou por representantes por eles designados, cada um com direito a um voto. Parágrafo primeiro - O Conselho Público Olímpico reunir-se-á ordinariamente uma vez a cada seis meses ou, extraordinariamente, por convocação de seu Presidente ou dos demais membros. Parágrafo segundo - As reuniões do Conselho Público Olímpico serão instaladas com a presença dos representantes dos três entes consorciados, e suas decisões serão tomadas por unanimidade, exceto nas hipóteses previstas na Cláusula Vigésima Segunda.

2010, é “estabelecer as diretrizes do Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014, bem como supervisionar os trabalhos do grupo executivo de que trata o art. 3º”.

O parágrafo único do dispositivo mencionado, por sua vez, estabelece que o Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 “é constituído por um conjunto de atividades governamentais voltado ao planejamento e à execução das ações necessárias ao desenvolvimento do referido evento no Brasil”.

O CGCOPA 2014 é integrado pelos titulares do Ministério do Esporte (coordenador), da Advocacia-Geral da União, da Casa Civil da Presidência da República, da Controladoria-Geral da União, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, e de diversos Ministérios e Secretarias da Presidência da República.

O GECOPA, por sua vez, é integrado por representantes do Ministério do Esporte (coordenador), da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério das Cidades, do Ministério da Fazenda, do Ministério da Justiça, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, um do Ministério do Turismo, e da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. O Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 - GECOPA é vinculado ao CGCOPA, e, nos termos do art. 3º do Decreto de 14 de janeiro de 2010, tem as seguintes atribuições:

I - instituir o Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014;

II - estabelecer metas e monitorar os resultados de implementação e execução do Plano a que se refere o inciso I;

III - discriminar as ações do Orçamento Geral da União vinculadas às atividades governamentais relacionadas à Copa do Mundo FIFA 2014;

IV - coordenar e aprovar as atividades governamentais referentes à Copa do Mundo FIFA 2014 desenvolvidas por órgãos e entidades da administração federal direta e indireta ou financiadas com recursos da União, inclusive mediante patrocínio, incentivos fiscais, subsídios, subvenções e operações de crédito; e

V - acompanhar a execução das atividades de que trata o inciso IV.

Em suma, no caso do inciso II, assim como no caso do inciso I, cabe ao poder executivo decidir que licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo poderão ser utilizados o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A previsão constante no inciso III, por outro lado, determina em quais obras e serviços o RDC poderá ser aplicado. Todavia, “[...] se trata, ao que parece, de dispositivo que

contém previsão casuística e que impõe discriminação inaceitável em desfavor de algumas capitais” (ANDRADE; VELOSO, 2012, p. 30). Isso porque, as capitais cuja distância das cidades que receberão os eventos esportivos seja superior a 350 km não poderiam se valer do RDC para a realização de obras de infraestrutura e contratações e serviços nos seus aeroportos.

Outrossim, se o objetivo do dispositivo legal, e do RDC como uma forma geral, é de garantir a realização das obras necessárias a suportar o aumento na demanda dos aeroportos brasileiros, não faz sentido restringir o alcance da norma apenas aos aeroportos das capitais. Inclusive porque, como visto no capítulo anterior, espera-se com os eventos esportivos não apenas a vinda de turistas estrangeiros, mas também a participação de turistas brasileiros nos eventos esportivos.

Para ZOCKUN (2012), excluindo-se as obras aeroportuárias, não há parâmetros para identificar em quais relações jurídicas a serem travadas pela Administração Pública poderá ser utilizada a modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Na realidade, a lei agiu justamente em sentido contrário, conferindo ampla liberdade ao Poder público para indicar as hipóteses de incidência.

Conclui-se da análise do art. 1º, especificamente dos incisos I e II, bem como do art. 65 da Lei 12.462/11, que não é a lei, mas sim determinados atos do poder executivo, que definirão quais contratos e licitações o Regime Diferenciado de Contratações Públicas será aplicável. Em virtude disso, discute-se a constitucionalidade dos dispositivos em comento, por ofensa ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, e inciso XXI da Constituição Federal.

Na petição judicial da ADI 4.655, o Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, sustenta que:

Tais dispositivos não fixam parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devem seguir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. [...] A ofensa ao artigo 37, XXI da CR, parece bastante evidente, pois o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim por ato do Executivo. Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo. [...] Verifica-se, portanto, que a transferência, ao Executivo, da definição do regime jurídico a licitação pública, sem quaisquer critérios preordenados na lei, além da ofensa ao artigo 37, XXI, da CR, conspira contra os princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da eficiência administrativa (destaque nosso).

E ainda:

[...] A experiência, de resto, mostra o risco que essa delegação representa para o patrimônio público. Por ocasião dos Jogos Pan-Americanos de 2007, a União, Estado e Município do Rio de Janeiro não conseguiram organizar-se e identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados. Essa foi uma das razões para que o orçamento inicial do evento, de 300 milhões de reais, tenha sido absurdamente ultrapassado, com um gasto final na ordem de 3 bilhões de reais (destaque nosso).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.655 não é a única a questionar a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.645, proposta pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS também questiona o RDC no Supremo Tribunal Federal. Ambas são da relatoria do Ministro Luiz Fux, e, até a data do presente trabalho, aguardam julgamento. A ADI 4.645 encontra-se concluída ao relator desde 27/02/2012 e a ADI 4.655 desde 12/03/2013, tendo sido aplicado o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/99⁷³ às duas.

Segundo OLIVEIRA; FREITAS (2011) a constitucionalidade da referida lei tem sido questionada não apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como no acadêmico também, dividindo-se os vícios de inconstitucionalidade em vícios formais e vícios materiais. Os vícios formais seriam a ausência de relevância e urgência para edição da Medida Provisória n. 527/11, em desrespeito ao art. 62 da CF/88, e abuso de poder de emenda parlamentar, porquanto o texto original da Medida Provisória em comento não tratava do RDC, introduzido, destarte, por emenda parlamentar.

No tocante aos vícios materiais, questionam-se diversas outras disposições além da violação ao princípio da legalidade (em virtude do art. 1º da Lei 12.462/11, bem como da previsão do art. 65 do referido diploma legal, que conferem excessivo poder de decisão ao executivo, como anteriormente mencionado). A contratação integrada, a remuneração variável, a restrição à publicidade de determinados atos, a pré-qualificação permanente, e a relativização de exigências ambientais, também são objeto das ações diretas de inconstitucionalidade em comento.

ZOCKUN (2012, p. 29) conclui acerca da liberdade conferida ao Poder Executivo pela Lei do RDC, que:

[...] ausentes as balizas delimitadoras de uma conduta administrativa impessoal, não haverá como contrastar judicialmente a higidez desses atos estatais. Ainda que a

⁷³ Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. [...] Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

carência desses parâmetros não enseje, *automática e infalivelmente*, a prática de condutas administrativas arbitrárias – ainda que concretamente elas possam não ocorrer -, a simples ausência dessas pautas objetivas, capazes de estreimar o ato estatal lícito do ilícito é, por si só, intolerável na nossa ordem jurídica. Demais disso, se é interdito ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo, confiou-se ao próprio administrador – e ninguém mais além dele – essa competência para assinalar quais são as relações jurídicas submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (destaque do autor).

Ademais, a redação um tanto quanto controversa do art. 1º da Lei 12.462/11 deu margem à discussão acerca da vigência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Grande parte da doutrina defende a vigência temporária da norma, apenas até a realização dos eventos esportivos que ensejaram a criação da nova modalidade licitatória.

Acerca do assunto, DI PIETRO (2012, p. 440) assevera que:

Embora não haja norma expressa, a Lei nº 12.462/11 destina-se a ter vigência temporária, já que estabelece regime de contratação somente aplicável para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados e da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.

Devido ao ser caráter excepcional, pois além da restrição à realização de certos eventos a opção pelo RDC deve ser fundamentada, a Lei 12.462/11 deve ser interpretada restritivamente. O novo modelo licitatório apenas pode ser aplicado às obras e serviços indispensáveis e essenciais aos eventos esportivos que o Brasil sediará, e sem as quais os eventos não podem ser realizados dentro do prazo correto (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

O fim do novo modelo licitatório parece ser o de garantir a eficiente e tempestiva realização da Copa as Confederações, da Copa do Mundo, e das Olimpíadas e Paraolimpíadas. Assim, não há dúvidas quanto a seu aspecto temporal; após os eventos esportivos não há mais fundamento legal para a utilização do RDC nas licitações. Todavia, em relação àqueles contratos que foram celebrados antes, e cuja execução não for concluída, poderá ser utilizado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (ANDRADE; VELOSO, 2012).

Esse era o entendimento até as alterações da Lei 12.462/11, ocorridas no ano de 2012. Antes de se entrar nessa questão, todavia, cabe trazer o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da vigência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e outras questões controversas que giram em torno do novo modelo licitatório brasileiro.

3.2. O TRIBUNAL DE CONTAS E O RDC

A Constituição Federal da República de 1988 estabelece, no *caput* do art. 70, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Pública (direta e indireta), quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, através de controle externo, bem como pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes.

O art. 71, por sua vez, prevê que o controle externo a cargo do Congresso Nacional será realizado pelo Tribunal de Contas da União, competente para:

Art. 71 [...] I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

O Tribunal de Contas da União é composto por 9 (nove) Ministros, tem sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, conforme disposto no art. 73, *caput*, da CF.

A Lei Geral de Licitação prevê em seu art. 113 que além do controle que o Tribunal de Contas competente normalmente exerce nos procedimentos licitatórios, qualquer licitante, contratado, ou ainda qualquer pessoa física ou jurídica, pode provocar sua atuação através de representação contra irregularidades na aplicação da Lei n. 8.666/93. O art. 46 da Lei n. 12.462/11 trouxe expressamente que se aplica o art. 113 da LGL ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União estabelece que será realizado através do Diário Oficial da União, ou de qualquer outro meio autorizado pelo Regimento Interno, o acompanhamento dos editais de licitação, dos contratos, inclusive administrativos, e dos convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 41, I, *b*, da Lei n. 8.443/92).

O Tribunal de Contas pode valer-se dessa sua atribuição “[...] mesmo na fase em que o instrumento convocatório esteja publicado, mas ainda com prazo aberto para a primeira fase subsequente. O questionamento dirá respeito às cláusulas editalícias, seus anexos ou minuta de contrato [...]” (DAL POZZO, 2012-A, p. 225), cuja correção ou alteração pode ser determinada pelo Tribunal de Contas.

Acerca da importância da atuação dos Tribunais de Contas, especialmente nesse período de realização de grandes eventos esportivos, que envolvem vultosos investimentos públicos, MOTTA; BICALHO (2012, p. 304) discorre que:

Na atual contingência em que nosso país sediará a realização de grandes eventos mundiais, com maior razão esperam os cidadãos que a Corte de Contas alcance toda a largueza da missão que lhe foi legada constitucionalmente. Em sua margem de competência e atuação específica, sem dúvida os TCs têm acolhido a expectativa do povo quanto da doutrina jurídica.

Esse controle vem sendo realizado pelos Tribunais de Contas dos Estados e também pelo Tribunal de Contas da União. No Processo de n. 039.089/2012-6, em que o Tribunal de Contas da União analisou a reforma do tribunal de passageiros e acesso viário ao aeroporto internacional de Salvador/BA, em que foi utilizado o RDC, o preço base do certame chegou a ser reduzido em R\$ 4,8 milhões (Acórdão n. 0306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, rel. Valmir Campelo, 27.02.2013).

No tocante ao âmbito de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, anteriormente às alterações do art. 1º da Lei 12.462/11, o Tribunal de Contas da União manifestou-se no seguinte sentido⁷⁴:

A utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 - ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso - só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses eventos esportivos e desde que reste evidenciada a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori, em respeito ao disposto nos artigos 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero opôs embargos de declaração em que apontou supostas omissões e contradições na fundamentação do Acórdão nº 1.036/2012-Plenário, por meio do qual o Tribunal decidira: “9.1. alertar o Ministério do Esporte, o Ministério das Cidades, a Infraero, a Secretaria dos Portos, o Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 (GECOPA) e o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA) que a utilização do Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC) envolve, como pré-requisito, a necessidade de as ações objeto dos certames estarem concluídas anteriormente à Copa do Mundo de 2014, tal qual expressamente previsto no art. 1º da Lei 12.462/2011” – grifou-se. Ao apreciar o recurso, que também alegou dificuldades variadas para a observância de tal orientação, o relator reiterou as ponderações contidas no Voto condutor da decisão embargada. Anotou, com suporte no panorama normativo delineado nos comandos contidos nos arts. 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, que as parcelas da obra a serem concluídas até a Copa ou às Olimpíadas podem se submeter ao RDC. E que, na hipótese de não ser possível, a conclusão do empreendimento antes desses eventos, impõe-se, como regra, seu parcelamento e a utilização do regime geral de licitação para a contratação do remanescente dessas obras. Ressalvou, porém, que, “Configurada a inviabilidade técnica e econômica de se parcelar o restante da empreitada, o empreendimento como um todo pode ser licitado pelo novo Regime” – grifou-se. Nessa hipótese, porém, seria necessária “a demonstração objetiva de que a ampliação da competitividade decorrente do parcelamento da empreitada não é vantajosa, em face dos ‘custos’ práticos e econômicos dessa opção”. O Relator, então, com o intuito de “retirar qualquer mácula a anuviar a boa compreensão da decisão embargada”, propôs a reedição do comando decisório acima transcrito, com nova redação: “9.1. alertar o Ministério do Esporte, o Ministério das Cidades, a Infraero, a Secretaria dos Portos, o Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 (GECOPA) e o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA) que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 – ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso – só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori, em atendimento ao disposto nos arts. 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93.” [...]. Precedentes mencionados: Acórdãos nºs. 12.462/2011 e 1.324/2012, ambos do Plenário. **Acórdão nº. 1538/2012-Plenário, TC 010.765/2010-7, rel. Min. Valmir Campelo, 20.6.201** (destaque do autor) (Informativo de Licitações e Contratos nº 111 o Tribunal de Contas da União).

⁷⁴ Tribunal de Contas da União. Informativo de Licitações e Contratos n. 111. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2012_111.doc>. Acesso em: 05. Mar. 2013.

Conforme demonstrado anteriormente, corrobora desse entendimento ANDRADE; VELOSO (2012): com o término dos eventos esportivos não há mais fundamento legal para a utilização do RDC nas licitações, salvo no caso de contratos já celebrados, cuja execução não terminou. O Tribunal de Contas da União entendeu que, além disso, deve ser demonstrada a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações pendentes de execução.

Todavia, com o advento das Leis n. 12.688, de 18 de julho 2012, n. 12.745, de 19 de dezembro de 2012, e n. 12.722, de 03 de outubro de 2012, houve a alteração no campo de incidência do novo modelo licitatório brasileiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas passou a ser aplicável também às ações integrantes do Programa e Aceleração do Crescimento (PAC), às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, e às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

3.3. A AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.462/11

3.3.1. O atual campo de incidência e as propostas de expansão

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído pela Lei n. 12.462/11, regulamentado pelo Decreto n. 7.581/11, e “constitui disciplina excepcional e transitória facultativamente aplicável às licitações e contratos no âmbito da Administração Pública brasileira” (ANDRADE; VELOSO, 2012, p. 27).

Todavia, a discussão acerca da vigência temporária foi superada, ante a aprovação, pelo Congresso Nacional, de alterações legislativas à Lei 12.462/11. A primeira alteração veio com a Lei n. 12.688/12⁷⁵, que acrescentou o inciso IV no art. 1º da Lei do RDC, tornando possível sua aplicação às “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”.

⁷⁵ Lei n. 12.688, de 18 de julho de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis [...] 12.462, de 4 de agosto de 2011, [...]; e dá outras providências.

O Portal ConLicitação⁷⁶ divulgou em 15 de novembro de 2012 que a Lei Federal 12.688, foi publicada em 19 de julho, exatamente na mesmo dia em que o Governo Federal lançou o PAC Mobilidade Médias Cidades e divulgou a liberação de R\$ 7 bilhões para projetos de infraestrutura em cidades que a população seja de 250 mil a 700 mil habitantes.

Antes ainda da promulgação da Lei 12.688/12, o Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União, já havia chamado a atenção para a ampliação das hipóteses de incidência do RDC em virtude da impossibilidade de conclusão das obras necessárias à realização dos eventos esportivos: “Está em andamento medida provisória que vai permitir o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para as obras do PAC, porque muitas obras vinculadas à Copa do Mundo não vão ficar prontas⁷⁷”.

Na sequência a Lei 12.722/12⁷⁸ adicionou o parágrafo 3º ao art. 1º da Lei 12.462/12 e, conseqüentemente, desde 2012 o Regime Diferenciado de Contratações Públicas também pode ser utilizado nas “licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino”.

O Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC foi a primeira instituição federal de ensino do País a licitar obra na modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O edital foi publicado no dia 07 de maio de 2013, tendo como objeto a construção do segundo bloco do Campus da cidade de Caçador, Santa Catarina⁷⁹.

A Lei n. 12.745/12⁸⁰ acrescentou o quinto inciso ao *caput* do primeiro artigo da Lei do RDC. Assim, desde dezembro de 2012, o novo modelo licitatório é aplicável às “obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”.

⁷⁶ Conteúdo extraído do site Conlicitação. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/regime-diferenciado-deve-modificar-lei-de-licitacoes/#ixzz2WcxqP8RA>>. Acesso em 16. Jun. 2013.

⁷⁷ JM Online. Disponível em: <<http://www.jmonline.com.br/novo/?noticias,22,ARTICULISTAS,65082>>. Acesso em 16. Jun. 2013.

⁷⁸ Lei n. 12.722, de 03 de outubro de 2012. Altera as Leis nos 10.836, de 9 de janeiro de 2004, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 11.977, de 7 de julho de 2009; dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil; e dá outras providências.

⁷⁹ Instituto Federal de Santa Catarina – Link Digital. Disponível em: <<http://linkdigital.ifsc.edu.br/2013/05/10/ifsc-lanca-primeiro-edital-de-licitacao-na-modalidade-rdc/>>. Acesso em: 11. Mai. 2013.

⁸⁰ Lei n. 12.745, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nos 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências.

O art. 1º da Lei 12.462/11 passou então a vigorar com a seguinte redação⁸¹:

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

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

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

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

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

[...]

§ 3o Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. (Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012)

Outra questão objeto de críticas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas era a utilização do novo modelo licitatório apenas às obras de infraestrutura e contratações de serviços dos aeroportos das capitais dos estados distantes até 350 km das cidades sedes dos eventos esportivos mundiais, que igualmente deve ser superada. Isto porque aparentemente o legislativo continua ampliando as hipóteses de incidência do RDC.

A Lei nº 12.833, de 20 de junho de 2013, em seu art. 5º acrescentou o art. 63-A à Lei 12.462/11, permitindo a utilização do RDC para a modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos:

Art. 5o A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 63-A:

Art. 63-A. Os recursos do FNAC serão geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos.

§ 1o Para a consecução dos objetivos previstos no caput, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, diretamente ou, a seu critério, por intermédio de instituição financeira pública federal, realizará procedimento licitatório, podendo, em nome próprio ou de terceiros, adquirir bens, contratar obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados e utilizar-se do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

⁸¹ Esta é a redação atualizada até o dia 27 de junho de 2013.

§ 2º Ato conjunto dos Ministros da Fazenda e da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República fixará a remuneração de instituição financeira que prestar serviços, na forma deste artigo.”

O Projeto de Lei n. 4022/12⁸², no mesmo caminho, amplia o campo de incidência do RDC. Apresentado pelo deputado Sebastião Bala Rocha (PDT-AP), o projeto permite a utilização do regime diferenciado em comento à contratação de obras e à aquisição de equipamentos e insumos para a área de saúde no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A alteração se daria com o acréscimo do inciso IV ao art. 1º da Lei 12.462/11, todavia, conforme se depreende do dispositivo supra transcrito, na sua atual redação já existe o inciso IV, que prevê a aplicação às obras do PAC e o inciso V, ao âmbito do SUS. Evidente que o PL n. 4022/12, que atualmente aguarda análise da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF)⁸³, deverá ter sua redação alterada para adequar-se às novas disposições legais.

Há outros projetos de lei que visam alterar a Lei 12.462/11, todavia os acima referidos são os de maior importância. Ocorre que não se observou que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi criado em caráter urgente, e justamente por essa razão é objeto de duas ações diretas de constitucionalidade, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.2. A solução para incorporar definitivamente ao ordenamento jurídico pátrio as inovações positivas do RDC

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe em alguns de seus dispositivos importantes medidas para o aprimoramento do procedimento licitatório, mormente por ter atendido a recomendações dos Tribunais de Contas. Todavia, há muitos outros dispositivos cuja constitucionalidade é questionada, e, acima de tudo, as duas ações diretas de arguem a inconstitucionalidade formal do diploma legal em virtude de seu processo legislativo.

⁸² Projeto de Lei de Conversão (CN) n. 4022 de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547244>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

⁸³ A Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) é uma das Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados, e suas atribuições estão previstas no art. 32, XII, do Regimento Interno daquela Casa legislativa.

DIAS; FERREIRA (2012, p. 48) ressalta:

Vale lembrar que, em 30 de outubro de 2007 e 2 de outubro de 2009, houve, respectivamente, a escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo e de 2014 e a confirmação do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016. Portanto, contados da data de confirmação da realização do primeiro grande evento, passaram-se quase quatro anos até a edição da Lei o RDC, dado que certamente exclui qualquer caráter de urgência para adoção desse regramento específico, o que, por si só, já geraria polêmicas acerca da instituição do regime.

De fato, não faltam críticas à Lei 8.666/93, em virtude de seus enrijecidos e ultrapassados institutos, que tornam o procedimento licitatório excessivamente burocrático sem conseguir, contudo, diminuir a corrupção, o que se buscava com sua instituição. Todavia, ao analisar-se a Lei Geral de Licitações temos que, antes de tudo, observar o contexto em que a mesma foi promulgada.

A solução adotada pelo legislador à época, em que ainda prevalecia no Brasil o modelo de administração burocrático, foi reduzir a discricionariedade do administrador e ampliar os mecanismos de controle, mas o efeito foi contrário. O excesso de burocracia trouxe consequências indesejáveis, como a contratação por preços superiores aos de mercado e principalmente a morosidade, que além de tudo acarreta o aumento do custo do procedimento.

A estrutura burocrática, enquanto modelo administrativo, contribuiu para a redução da corrupção e do nepotismo, mas era lenta, cara e ineficiente. Havia a necessidade de um novo modelo de gestão para o setor público, o que culminou com a elaboração, em 1995, do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado⁸⁴. Adotou-se assim no Brasil um modelo de administração chamado de gerencial, que prima por atender as necessidades dos cidadãos.

A emenda constitucional 19/98⁸⁵ materializou juridicamente o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e introduziu no *caput* do art. 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência, tornando-o um dos principais princípios norteadores da Administração Pública. Destarte, um diploma legal extremamente burocrático, criado em um momento que se visava a redução da corrupção apenas, não se coaduna com um modelo de administração pública que prima pela eficiência.

⁸⁴ Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=524&cat=238&sec=25>>. Acesso em: 05. Mar. 2013.

⁸⁵ Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 05. Mar. 2013.

Da necessidade de flexibilização dos instrumentos de contratação de bens e serviços postos à disposição dos administradores públicos brasileiros, e como resultado da evolução legislativa, teve origem o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. A Lei n. 10.520/02, de 17 de julho de 2012, já havia instituído o Pregão com esse mesmo objetivo, de simplificar as licitações, nesse caso para as aquisições de bens e serviços comuns.

Só no ano 2010, foram criadas diversas leis e textos normativos que alteraram as licitações em setores específicos, dentre eles nas áreas de publicidade e propaganda (Lei n. 12.323/10), de informática e automação (Decreto n. 7.174/10), de saneamento básico (Decreto n. 7.217/10), de energia petrolífera (Lei 12.352/10).

Segundo MOREIRA;GUIMARÃES (2012) estão sendo reduzidas aos poucos as hipóteses de incidência da Lei 8.666/93, em virtude das diversas leis que têm sido criadas para setores específicos, criando microssistemas. Depreende-se facilmente isto no pregão, nas concessões, e no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Em que pese as críticas à Lei n. 8666/93, MOTTA; BICALHO (2012, p. 24) esclarece que o problema não está apenas na lei, mas também na sua aplicação pela Administração Pública:

Um viés comum a muitas manifestações acerca da LNL tem sido o de confundir a própria letra da lei com o comportamento administrativo que dela resulta, o qual, por sua vez, absorve as implicações da realidade das repartições públicas, bem como das distorções da burocracia e da cultura organizacional. Assim, a crítica sofre um processo de deslocamento, dirigindo-se não propriamente às prescrições legais tais como redigidas, em sua compreensão literal ou hermenêutica, mas à *maneira com que as licitações são conduzidas dentro da realidade dos órgãos e entidades públicas* (destaque do autor).

E ainda (p. 25):

Não se podem atribuir ao ordenamento legal, mas à concretude do comportamento administrativo, a irrealidade das estimativas de preços e custos; o desmazelo dos projetos básicos e executivos; a pressão política sobre o processo decisório; o sobrepreço e o superfaturamento; a inconsistência e a inexequibilidade de propostas; a flacidez da gestão contratual.

Em 21 de junho do presente ano completa 20 anos da publicação da Lei 8.666/93. Tramita na Câmara o Projeto de Lei 1292/1995⁸⁶, que atualmente aguarda análise de parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)⁸⁷. Outrossim, o Presidente do

⁸⁶ Projeto de Lei n. 1292 de 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

⁸⁷ A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) é uma das Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados, e suas atribuições estão previstas no art. 32, III, do Regimento Interno daquela Casa legislativa.

Senado Renan Calheiros anunciou no final de abril que será criada uma comissão mista no Congresso Nacional, com o fim de revisar e atualizar a Lei Geral de Licitação⁸⁸.

O relator dos projetos que modificam a Lei 8.666/93 na Comissão de Constituição e Justiça é o deputado Fábio Trad, que já apresentou em seus relatórios mais de 200 propostas de mudanças à LGL. Dentre elas, destacam-se a ampliação das hipóteses de utilização do pregão eletrônico e o aumento das penas para crimes licitatórios. Fábio Trad inclusive afirmou que o RDC serviu de inspiração para a redação de alguns dispositivos, mas que ele deve se manter restrito, e não ser aplicado ao maior número de casos (como vem sendo feito)⁸⁹.

Posto que criado com uma finalidade específica, a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi estendida para as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, e, para a reforma de aeródromos públicos.

Durante votação no Plenário da Câmara dos Deputados da Medida Provisória que introduziu o inciso V⁹⁰ ao art. 1º da Lei n. 12.462/11, o deputado federal Marcus Pestana criticou essa ampliação⁹¹:

“É inédito no Congresso: não estamos percebendo que abrimos mão de nossas prerrogativas. Uma metodologia de licitação, uma nova lei de licitação está passando homeopaticamente a conta-gotas [...]. O caminho, na verdade, é o envio de um projeto de lei para ser discutido em audiências públicas, com especialistas, com os nossos setorialistas [...]”.

De fato, deixar de lado a Lei Geral de Licitações e, através de medidas provisórias, tornar regra geral um regime criado para ser excepcional e ter vigência temporária, não é o ideal para o aperfeiçoamento do sistema licitatório brasileiro. Justamente por se tratar de um sistema, a Lei Geral de Licitação é de suma importância, pois ainda que se

⁸⁸ Portal Conlicitação. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/renan-calheiros-prepara-comissao-para-fazer-alteracoes-na-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

⁸⁹ Câmara Notícias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/441569-LEI-DE-LICITACOES-DEVE-PASSAR-POR-AMPLA-REVISAO-NO-CONGRESSO.html>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

⁹⁰ O inciso V autoriza a utilização do RDC às licitações no âmbito do sistema público de ensino.

⁹¹ PSDB de Minas Gerais. Disponível em: <<http://blog.psdb-mg.org.br/blog/2012/09/06/marcus-pestana-critica-ampliacao-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc/>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

utilizem os diplomas específicos, ela deve ser aplicada subsidiariamente a todas as licitações no Brasil.

Nesse sentido, ANDRADE; VELOSO (2012, p. 42) discorre que:

A crítica de fundo, em verdade, parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para a solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. Entende-se que o debate em torno do RDC poderia ter culminado em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666/93 e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral se utiliza (destaque nosso).

Ademais, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas ainda é muito recente. Uma análise cuidadosa é imprescindível, para que se evitem contratações injustas para o particular, sobretudo em virtude de determinadas previsões do novo modelo licitatório, como a contratação integrada, a remuneração variável e, especialmente, o contrato de eficiência. O controle externo deve ser também fortalecido, especialmente em virtude do excesso de discricionariedade conferida à Administração Pública pelo RDC.

A simples preparação daqueles responsáveis junto aos órgãos públicos pelas licitações já surtiria grande efeito no sistema de contratação brasileira. Um programa de capacitação pessoal sério, e a criação de cargos exclusivos para atuação na área específica das licitações, tornariam por si só o procedimento mais eficiente (MOTTA; BICALHO, 2012).

ZOCKUN (2012, p. 30), chama a atenção para o fato de que muitas das obras que já foram realizadas para a realização dos eventos esportivos foram contratadas pela LGL:

[...] bastando lembrar que as razões legislativamente eleitas não justificam as medidas tomadas, já que os estádios para a realização da Copa do Mundo têm sua edificação, reforma ou ampliação contratados pelo regime geral de licitação. Além disto, recorde-se que o Rio de Janeiro foi, há pouquíssimos anos, sede dos Jogos Pan-Americanos, razão porque há, no local, infraestrutura já edificada para substancial parcela dos desportos olímpicos, ainda que carente de melhorias e ampliações. Em uma só voz, as obras de infraestrutura para a Copa de 2014 tiveram o seu início pelo regime geral de licitação ou PPP, o mesmo tendo ocorrido com os Jogos Pan Americanos no Rio de Janeiro, realizados em 2007. E em nenhuma dessas hipóteses a disciplina traçada pela lei geral de licitações obsteu a realização desses eventos.

A Lei Geral de Licitações efetivamente demanda uma grande reforma, afinal ela não atende mais aos anseios da Administração Pública, todavia não se pode simplesmente negar a sua existência e tampouco, um regime excepcional se transformar em regra geral. Mormente porquanto, se uma lei detalhista demais, como é a LGL, é prejudicial ao sistema licitatório, a vagueza e discricionariedade demasiadas também não são salutares.

Evidente que a ampliação da incidência do RDC é muito mais simples que a atualização de um diploma legal promulgado há 20 (vinte) anos, todavia não é a medida mais

adequada. Devem ser estudadas alterações responsáveis à Lei 8.666/93, e não apenas serem realizados pequenos remendos como ocorre há anos. As inovações positivas trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas também devem ser incorporadas à Lei Geral de Licitação, afinal o RDC trouxe importantes mudanças há anos demandadas pela doutrina, pelos Tribunais de Contas, e pela sociedade de forma geral.

CONCLUSÃO

O Brasil, após ser escolhido para sediar a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas, assumiu o compromisso de realizá-los através de acordos firmados pelo Estado brasileiro com organizações internacionais responsáveis por sua organização. Referidos acordos foram celebrados com a FIFA para a realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo de Futebol, e com o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional para a realização das Olimpíadas e das Paraolimpíadas.

Surgiu, destarte, o dever jurídico do Brasil em não apenas realizar, como bem realizar esses importantes eventos esportivos. Para a consecução do fim almejado, qual seja, a concretização da Copa das Confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, a Administração Pública deve realizar atividades materiais e humanas, podendo fazê-lo diretamente ou indiretamente. No último caso, através de contratos administrativos celebrados com particulares.

Todavia, enquanto nos contratos entre particulares a liberdade de contratar é ampla, ressalvado as restrições legais, nos contratos administrativos há uma série de limitações e de requisitos, os quais devem ser observados. O primeiro deles é a exigência de licitação prévia. Licitação é o procedimento administrativo, que antecede o contrato administrativo, pelo qual a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens, e, através de uma competição, escolhe aquele que oferecer a proposta mais vantajosa.

Apesar desse instituto já existir no direito brasileiro há anos, foi com a Constituição Federal de 1988 que se destacou sua importância. No Brasil é a Lei 8.666/93 que veio regulamentar o art. 37, XXI, do texto constitucional. Ela institui normas gerais relativas à quase totalidade das contratações públicas, sejam da Administração direta ou indireta. Os objetivos da licitação, segundo o art. 3º da Lei 8.666/93, são os de garantir a observância do princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa, e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A Lei 8.666/93, Lei Geral de Licitação, prevê cinco diferentes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Mas com a passar dos anos surgiram outras, dentre elas o pregão, disciplina pela Lei n. 10.520/02, adotado para

aquisição de bens e serviços comuns. Com o advento da Lei 12.462/11 alguns doutrinados classificaram o RDC como nova modalidade licitatória.

Essa nova modalidade de licitação surgiu após o Brasil ser escolhido para sediar a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016. O Executivo federal, ante a falta de celeridade dos procedimentos licitatórios no Brasil e a escassez de tempo para a execução das diversas obras necessárias à realização dos eventos esportivos que o País sediará, editou as Medidas Provisórias n.ºs 488 e 489, que não foram apreciadas no prazo previsto no art. 62 da Constituição Federal e perderam sua eficácia.

Foi então baixada a Medida Provisória n. 527/11, que nada dispunha acerca de licitações, todavia, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, foi apresentado o Projeto de Lei de Conversão n. 17 de 2011, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Após a aprovação do projeto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, e sua sanção pela Presidente da República, restou promulgada a Lei n. 12.462/11.

A urgência na realização das obras públicas necessárias à realização dos eventos esportivos mundiais levou à produção legislativa que culminou com a promulgação da Lei 12.462/11, cuja constitucionalidade é discutida no Supremo Tribunal Federal, inclusive em virtude de vício formal no processo legislativo. A Presidente da República, no uso de suas atribuições, no mesmo ano, decretou que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, de que trata a Lei n. 12.462/11, fica regulamentado pelo Decreto n. 7.581.

O intuito com a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi o de dar maior agilidade ao procedimento licitatório e, para isso, foram estabelecidos diversos mecanismos. Os mais polêmicos dentre eles são o sigilo do orçamento estimado e a contratação integrada, cuja constitucionalidade é questionada, respectivamente, na ADI n. 4.645 e ADI n. 4.655.

Ainda não é possível aferir resultados práticos concretos acerca desses dois mecanismos, e dos demais previstos na Lei 12.462/11, em virtude do pequeno prazo de vigência do diploma legal e da pouca utilização do RDC até o momento. Futuramente devem ser analisadas as obras realizadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Posto que criado com uma finalidade específica, com o advento das Leis n. 12.688, de 18 de julho 2012, n. 12.745, de 19 de dezembro de 2012, n. 12.722, de 03 de outubro de 2012, e Lei n. 12.833, de 20 de junho de 2013, houve a alteração no campo de

incidência do novo modelo licitatório brasileiro. O RDC atualmente também pode ser adotado nas ações integrantes do Programa e Aceleração do Crescimento (PAC), nas obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, nas licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e para a modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos.

Há ainda diversos projetos de lei que visam alterar a Lei 12.462/11, e ampliar as hipóteses de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Ocorre que não se observou que o RDC foi criado em caráter urgente, e justamente por essa razão é objeto de duas ações diretas de constitucionalidade, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Teme-se que, reduzidas aos poucos as hipóteses de incidência da Lei 8.666/93, em virtude das diversas leis que têm sido criadas para setores específicos, e ampliadas as hipóteses de incidência da Lei 12.462/11, seja transformada em regra geral um regime criado para ser excepcional e ter vigência temporária. Sem dúvidas esta não é a melhor solução para o aperfeiçoamento do sistema licitatório brasileiro.

A Lei Geral de Licitação, que este ano completou 20 anos de vigência, é muita criticada em virtude de seus enrijecidos e ultrapassados institutos, que tornam o procedimento licitatório excessivamente burocrático sem conseguir, contudo, diminuir a corrupção, o que se buscava com sua instituição. Contudo, não se pode negar a sua existência e esvaziá-la através da transformação de um regime excepcional em regra. Devem ser estudadas alterações responsáveis à Lei 8.666/93, incorporando-se, inclusive, as práticas positivas trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

REFERÊNCIAS

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

AURÉLIO, Bruno. **A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77-93.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mar.2013.

_____. **Constituição (1988). Emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mar. 2013.

_____. **Decreto n. 2.745**, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 04 mai.2013.

_____. **Decreto n. 7.581**, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mar.2013.

_____. **Decreto-lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 mai. 2013.

_____. **Decreto-lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 mai. 2013.

_____. **Lei n. 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. **Lei n. 8.248**, de 23 de outubro de 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 mai.2013.

_____. **Lei nº 8.443**, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 17 jun.2013.

_____. **Lei n. 8.666**, de 22 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mar.2013.

_____. **Lei n. 8.958**, de 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 mai.2013.

_____. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 mai.2013.

_____. **Lei n. 9.637**, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 mai.2013.

_____. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 17 jun.2013.

_____. **Lei n. 9.790**, de 23 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 mai.2013.

_____. **Lei n. 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 mai.2013.

_____. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 mai.2013.

_____. **Lei n. 12.232**, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 mai.2013.

_____. **Lei n. 12.348**, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 26 mai.2013.

_____. **Lei n. 12.349**, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 mai.2013.

_____. **Lei n. 12.350**, de 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 26 mai.2013.

_____. **Lei n. 12.396**, de 21 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 17 jun.2013.

_____. **Lei n. 12.462**, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 mar.2013.

_____. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 jun.2013.

_____. **Lei n. 12.688**, de 18 de julho 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 jun.2013.

_____. **Lei n. 12.722**, de 03 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 jun.2013.

_____. **Lei n. 12.745**, de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 jun.2013.

_____. **Lei Complementar n. 123**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 jun. 2013.

_____. **Medida Provisória n.488**, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/488.htm>. Acesso em: 22 mai. 2013.

_____. **Medida Provisória n. 499**, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/489.htm>. Acesso em: 22 mai. 2013.

_____. **Medida Provisória n. 527**, de 18 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 5 mar. 2013.

_____. **Medida Provisória n. 2.026**, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 mai.2013.

_____. Notícias Câmara. **Lei de Licitações deve passar por ampla revisão no Congresso**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/441569-LEI-DE-LICITACOES-DEVE-PASSAR-POR-AMPLA-REVISAO-NO-CONGRESSO.html>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

_____. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=524&cat=238&sec=25>>. Acesso em: 05. Mar. 2013.

_____. **Projeto de Lei n. 1292 de 1995**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

_____. **Projeto de Lei de Conversão n. 17**, de 15 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495378>>. Acesso em: 14 mai. 2013.

_____. **Projeto de Lei de Conversão n. 4022 de 2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547244>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

_____. **Projeto de Lei de Conversão n. 4 de 2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao;jsessionid=AD1E97D46317A344AB56BD138EE4B157.node1?idProposicao=570614&ord=0>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

_____. **Projeto de Lei de Conversão n. 10 de 2013**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112691>. Acesso em: 19 jun. 2013.

_____. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>. Acesso em: 19 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645**. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655**. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 0306/2013-Plenário**, TC 039.089/2012-6, rel. Valmir Campelo, DJ 27.02.2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-112768&texto=2b52454c41544f5225334125323256414c4d49522b43414d50454c4f2532322b414e442b2b50524f43253341333930383932303132362a2b414e442b2b434f4c45474941444f>>

253341253232504c454e4152494f253232&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Informativo de Licitações e Contratos nº 111**. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2012_111.doc>. Acesso em: 5 mar. 2013.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. **Controle Externo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: uma visão geral**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 219-232.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61-76.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. **A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47-59.

DOCUMENTOS OFICIAIS DOS JOGOS RIO 2016. **Acordo da Cidade-Sede**. Disponível em: <<http://www.rio2016.org.br/comite-organizador/transparencia/documentos>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

DOCUMENTOS OFICIAIS SECOPA BAHIA. **Caderno de Encargos da Fifa – 5ª Edição, 2011**. Disponível em: <<http://www.secopa.ba.gov.br/sites/default/files/Caderno%20de%20Encargos%20da%20FIFA%20-%205a%20edicao%20-%202011%20-%20Portugues%20-.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

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

Instituto Federal de Santa Catarina – Link Digital. **IFSC lança primeiro edital de licitação na modalidade RDC**. Disponível em: <<http://linkdigital.ifsc.edu.br/2013/05/10/ifsc-lanca-primeiro-edital-de-licitacao-na-modalidade-rdc/>>. Acesso em: 11. Mai. 2013.

JM Online. **O RDC para atender ao PAC**. Disponível em: <<http://www.jmonline.com.br/novo/?noticias,22,ARTICULISTAS,65082>>. Acesso em 16. Jun. 2013.

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

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **O procedimento licitatório e a fase de habilitação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal;

PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 209-218.

LIRA, Bruno. NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis de licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 37-60, out/dez. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____.; ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: legislação, doutrina e jurisprudência atualizadas. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira; FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 9-36, out/dez. 2011.

Portal Conlicitação. **Regime Diferenciado deve modificar Lei de Licitações**. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/regime-diferenciado-deve-modificar-lei-de-licitacoes/#ixzz2WcxqP8RA>>. Acesso em 16. Jun. 2013.

_____. **Emenda amplia regime de contratações a grandes cidades**. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/emenda-amplia-regime-de-contratacoes-a-grandes-cidades/>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

_____. **Renan Calheiros prepara comissão para fazer alterações na Lei de Licitações**. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/renan-calheiros-prepara-comissao-para-fazer-alteracoes-na-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 19. Jun. 2013.

Conteúdo extraído do site ConLicitação:

<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/noticias/renan-calheiros-prepara-comissao-para-fazer-alteracoes-na-lei-de-licitacoes/#ixzz2XBuZUYUg>

Follow us: @conlicitacao on Twitter | conlicitacao on Facebook

Portal da COPA. **Grandes Números**. Disponível em <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/brasilecopa/sobreacopa/numeros>>. Acesso em 18 mai. 2013.

PSDB Minas Gerais. **Marcus Pestana critica ampliação Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Disponível em: <<http://blog.psdb-mg.org.br/blog/2012/09/06/marcus-pestana-critica-ampliacao-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc/>>. Acesso em: 19 jun. 2013

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **A Contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A.

Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-167.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 169-192.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TROIB, Alan Garcia. **A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 101-109.

ZOCKUN, Maurício. **Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-30.