



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MARIANA LIMA MELO

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: A BUSCA
PELA EFICIÊNCIA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

BRASÍLIA

2014

MARIANA LIMA MELO

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: A BUSCA
PELA EFICIÊNCIA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Professor Doutor Mamede Said
Maia Filho

BRASÍLIA

2014

MARIANA LIMA MELO

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: A BUSCA PELA EFICIÊNCIA
NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Prof. Mestre Lucas Rocha Furtado

Prof. Mestre Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Prof. Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva

Para minha família, a base e o apoio incondicional em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por seu cuidado e direção em todos os detalhes de minha vida e pela oportunidade de concluir o curso de Direito na Universidade de Brasília, pois é realização de uma conquista e o encerramento de uma etapa preciosa.

Agradeço à minha família, por todo amor e incentivo.

Aos amigos e aos colegas de faculdade, pelo apoio e companheirismo ao longo desses anos.

Aos professores da Universidade de Brasília, por todos os ensinamentos que passaram.

Ao meu orientador, professor Mamede Said Maia Filho, por sua paciência e por seu apoio na realização deste trabalho.

Aos professores Lucas Rocha Furtado, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Bruno Rangel Avelino da Silva, pela gentileza de aceitarem participar da banca examinadora.

A nossa vida não deve ser caracterizada por inquietações que geram ansiedade e sim pela fé que produz felicidade.

Charles Haddon Spurgeon

RESUMO

O Regime Diferenciado de Contratações é um procedimento licitatório, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, inicialmente aplicável a obras e serviços relativos à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação de 2013; à Copa do Mundo da FIFA de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Essa aplicação foi posteriormente estendida para ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e para obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. O presente trabalho compara o RDC com a Lei nº 8.666, de 1993, que teve seu texto alterado diversas vezes nesses mais de vinte anos de vigência. Busca-se mostrar as inovações e polêmicas trazidas pelo o Regime Diferenciado de Contratações; bem como a e formação de um novo padrão nas contratações públicas, mais moderno e menos formalista.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações; licitação; contratos públicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A ATUAL LEI DE LICITAÇÕES	11
1.1. Evolução do processo licitatório.....	11
1.2. O dever de licitar.....	13
1.3. Princípios relacionados à licitação.....	15
1.3.1. Princípio da legalidade.....	16
1.3.2. Princípio da impessoalidade.....	17
1.3.3. Princípio da moralidade e da probidade.....	18
1.3.4. Princípio da publicidade.....	19
1.3.5. Princípio da eficiência.....	20
1.3.6. Seleção da proposta mais vantajosa.....	21
1.3.7. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	21
1.3.8. Princípio do julgamento objetivo das propostas.....	23
1.4. Aspectos negativos da Lei 8.666 de 1993 e a demanda por um novo regime de contratações.....	23
2. ASPECTOS GERAIS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	26
2.1. Instituição do Regime Diferenciado de Contratações.....	26
2.2. Aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações.....	27
2.3. Objetivos e diretrizes.....	28

3. INOVAÇÕES E ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.....	32
3.1. Inversão de fases e negociação de condições mais vantajosas.....	32
3.2. Orçamento sigiloso.....	35
3.3. Contratação integrada.....	37
3.4. Remuneração variável e contratos de desempenho.....	40
3.5. Contratação de mais de uma empresa.....	42
3.6. Sustentabilidade.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O dever de licitar é uma previsão constitucional que pressupõe a observância dos princípios da Administração Pública, tais como moralidade e eficiência.

A Lei nº 8.666/1993 trouxe vantagens para o cenário dos contratos administrativos como, por exemplo, a publicidade de todos os atos da licitação. Entretanto, os suntuosos gastos com os contratos firmados pela Administração Pública para obras, aquisições e prestações de serviços chamam atenção para os entraves gerados pelo procedimento licitatório tal como está disciplinado na lei e para sua excessiva burocracia.

A legalidade no procedimento licitatório é resguardada através dos procedimentos formais típicos de direito público; entretanto, o formalismo exacerbado serve de obstáculo para as licitações e as torna mais morosas.

O Regime Diferenciado de Contratações foi instituído pela Lei nº 12.462/2011, como uma alternativa ao procedimento da Lei nº 8.666/1993. Ele surgiu em um contexto polêmico, qual seja a realização de obras relativas a evento esportivos mundiais a serem sediados no Brasil.

O presente trabalho tem por objetivo discutir as inovações trazidas pela Lei nº 12.462/2011, comparando-a com a Lei nº 8.666/1993.

1. A ATUAL LEI DE LICITAÇÕES

1.1. Evolução do processo licitatório

O Código da Contabilidade Pública da União de 1922 começou a tratar sobre o procedimento licitatório no âmbito federal denominando-a de “concorrência”. Esse código, em seu art. 51, dizia que a “concorrência” era indispensável:

- a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos publicos que, por circunstancias imprevistas ou de interesse nacional, a juizo do Presidente da Republica, não permittirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrência;
- b) para o fornecimento do material ou de generos, ou realização de trabalhos que só puderem ser effectuados pelo productour ou profissionaes especialistas, ou adquiridos no logar da producção;
- c) para a aquisição de animaes para os serviços militares;
- d) para arrendamento ou compra de predios ou terrenos destinados aos serviços publicos;
- e) quando não acudirem proponentes á primeira concorrência. (*sic*)

A licitação sofreu muitas mudanças a partir daí e, em 25 de fevereiro de 1967, foi editado o Decreto-lei nº 200 que, em seu título XII, discorria acerca das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações.

A Lei nº 5.456 de 20 de junho de 1968 dispunha sobre a aplicação aos estados e municípios das normas relativas às licitações no Decreto-Lei nº 200, o que gerou uma controvérsia porque a Constituição de 1967 não tratava acerca das licitações. Esse silêncio, segundo Di Pietro, possibilitou a formação de duas correntes doutrinárias:

uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, *c* e §2º); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação¹.

A Lei nº 6.946 de 1981 atualizou os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações e simplificou a organização de cadastros de licitantes.

¹ DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 351.

O Decreto-lei nº 2.300 de 1986 revogou as disposições anteriores a respeito do procedimento licitatório e instituiu o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica.

A Constituição de 1988 não apenas refere-se à licitação, mas a coloca como obrigatória para as aquisições e contratos de prestação de serviços, conforme o texto do art. 37, XXI:

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 texto constitucional estabeleceu ser competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação, conforme o art. 22, XVII:

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 atual lei de licitações — Lei nº 8.666 de 1993 — sofreu diversas alterações em seu texto e houve o surgimento de novas modalidades licitatórias como o Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações, por exemplo.

Embora o procedimento da Lei nº 8.666/1993 seja muito criticado por seu formalismo, percebe-se nessa estrutura amarrada uma tentativa de evitar desvios de recursos públicos. Não se obteve, porém, o sucesso pretendido, tendo a atual legislação se mostrado ineficaz em muitos aspectos.

1.2. O dever de licitar

A Constituição Federal, no artigo 37, afirma que a Administração Pública direta e indireta deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O mesmo artigo, em seu inciso XXI, prescreve que as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratados por meio de processo licitatório.

A Lei nº 8.666/1993 veio regulamentar o artigo 37, XXI, da Constituição, e disciplinar as licitações e os contratos da Administração Pública.

Marçal Justen Filho define licitação da seguinte maneira:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica².

Analisando-se o artigo 22, XXVII da CF é possível inferir que tal dispositivo tinha em vista a existência de duas leis acerca das normas de licitação, uma para as empresas estatais e outra para a Administração Pública centralizada, autarquias e fundações.

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; (Grifo nosso).*

O art. 173, §1º, III, CF, mencionado no inciso citado, determina que empresas públicas e sociedades de economia mista terão seu estatuto jurídico estabelecido por lei e que esta disporá sobre licitação e contratação. No entanto a Lei nº 8.666/1993 aplica-se a toda Administração Pública, haja vista a inexistência de uma lei específica para tratar das contratações realizadas pelas empresas estatais.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 446.

O art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, ao estabelecer o âmbito de aplicação dela, reforça o entendimento de que as estatais serão subordinadas ao regime dessa lei:

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. (Grifo nosso).

A Constituição Federal também requer a realização de procedimento licitatório para a concessão e permissão de serviços públicos, conforme preceitua o artigo 175.

Há situações nas quais o administrador poderá realizar a contratação de forma direta, todavia tais casos devem ser expressos na lei. A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo³, portanto, é regra dos contratos administrativos.

De acordo com Lucas Rocha Furtado, alguns autores consideram o dever constitucional de licitar tão importante que o tomam como princípio da Administração Pública, *in verbis*:

As obras, serviços, compras e alienações devem, nos termos da Constituição Federal, art. 37, XXI, ser contratados mediante a prévia licitação. Essa regra é considerada tão importante que alguns autores a elevam à categoria de princípio da Administração Pública⁴.

O art. 3º da Lei nº 8.666/1993 estabelece os objetivos da licitação, quais sejam “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Esse artigo mostra que o procedimento licitatório visa manter a transparência nas contratações públicas e evitar um possível comportamento fraudulento do administrador que possa favorecer terceiros ou ele próprio. O pensamento de José dos Santos de Carvalho Filho corrobora com tal entendimento:

³ Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 286.

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 431.

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos⁵.

As contratações sem licitação, nas hipóteses previstas em lei, devem ser sempre motivadas, visto que o artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 afirma que “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” configura crime com pena de detenção de três a cinco anos e multa.

Além do administrador que dispensou ou inexigiu a licitação indevidamente, o particular que, comprovadamente tenha concorrido com a consumação da ilegalidade e que tenha se beneficiado dela, também estará sujeito à pena do referido artigo.

1.3. Princípios relacionados à licitação

A licitação, além de ser guiada pelos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, também se rege por outros princípios constitucionais e pelos princípios específicos do procedimento licitatório, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

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.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233.

1.3.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade desdobra-se em duas vertentes: uma para os particulares e outra para a Administração Pública. Com relação aos primeiros, a legalidade é pautada pela ideia de poder fazer tudo que a lei não proíba, conforme a previsão do art. 5º, II da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por outro lado, a legalidade para a Administração Pública consiste em fazer apenas o que a lei autoriza. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles explica:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”⁶.

José Afonso da Silva, a respeito do art. 5º, II da CF, entende que esse dispositivo é

um modo de dizer diferente daquele de Montesquieu. Para este, a liberdade consistiria no direito de fazer tudo o que as leis permitissem. O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a *liberdade de fazer*, a *liberdade de atuar* ou *liberdade de agir*, como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que *todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender*, salvo quando a lei determine em contrário⁷. (Grifo do autor)

Importante se faz mencionar que o estrito cumprimento da lei não se confunde com formalismo exacerbado, conforme ensina Lucas Rocha Furtado:

O princípio da legalidade não pode, entretanto, ser confundido com interpretação rigorosa e literal de preceitos consignados na legislação que rege a matéria de licitações e contratos, visto poder ocasionar o formalismo exagerado e, assim, prejudicar o processamento dos certames e das contratações públicas⁸.

Luís Roberto Barroso, ao tratar da constitucionalização do direito administrativo, sustenta que

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. Malheiros, 2002, p. 234.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 423.

O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem⁹.

1.3.2. Princípio da impessoalidade

Conforme o entendimento de José dos Santos de Carvalho Filho, o princípio da impessoalidade “indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica¹⁰”

Esse princípio visa à satisfação do interesse público, dessa forma, qualquer conduta que vá de encontro a esse interesse será considerada desvio de finalidade. De acordo com a Lei nº 4.717/1965, “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Esse entendimento é compartilhado por Hely Lopes Meirelles, que caracteriza o princípio da impessoalidade como

o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*¹¹. (Grifo do autor)

Em algumas hipóteses será admitida a diferenciação de pessoas como, por exemplo, no caso de notória especialização, prevista no art. 25, II, da lei nº 8.666/1993, e que ensejará inexigibilidade de licitação. O §1º desse artigo conceitua notória especialização:

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências,

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 399.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 242.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Não obstante o permissivo legal acima, o administrador público não estará autorizado a realizar uma contratação de forma arbitrária. Como bem explica Lucas Rocha Furtado:

Essas exigências de qualificação, no entanto, não vão permitir que o administrador possa utilizá-las de modo a dirigir a licitação e a restringir o seu caráter competitivo. As exigências de qualificação técnica ou econômico-financeira devem ser definidas no edital a partir da necessidade da Administração e das peculiaridades do objeto do contrato a ser licitado. Do contrário, impor exigências descabidas para direcionar a licitação implica violação da impessoalidade e da moralidade¹².

O princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da isonomia, tendo em vista que este prevê posição de igualdade aos licitantes, sem favorecimentos. O art. 37, XXI da CF dispõe que a licitação deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, exprimindo, assim, o princípio da isonomia.

1.3.3. Princípio da moralidade e da probidade

Além de seguir a estrita legalidade, o procedimento licitatório deve estar jungido à moral, aos bons costumes e à boa-fé. Conforme aduz Marçal Justen Filho, “a licitação também é instrumento de controle da regularidade dos gastos públicos, da *regularidade ética das condutas* dos agentes públicos e dos particulares¹³”. (Grifo nosso).

A não vedação de determinada conduta por lei não implica liberdade para atuar contrariando os preceitos morais e éticos. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

¹² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 424.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 61.

A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida¹⁴.

Embora esteja elencada entre os princípios da licitação, a probidade administrativa é dever de todo administrador público.

Lucas Rocha Furtado conclui que a moralidade deve vincular não apenas a conduta do administrador, mas também a dos particulares que participam do processo de contratação. Afirma ainda que “é a moralidade que deve impedir, por exemplo, a realização de conluio entre os licitantes ou a contratação de empresas de parentes dos administradores, ainda que se trate de hipótese de contratação direta prevista em lei¹⁵”.

1.3.4. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está ligado à transparência da licitação. Ele favorece a fiscalização do processo licitatório e permite o acesso dos interessados em participar do certame. Esse princípio se perfaz com a redação do art. 5º, XXXIII da CF:

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

Além do dispositivo constitucional citado, a lei de licitações também carrega esse princípio no art. 61, parágrafo único:

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que *é condição indispensável para sua eficácia*, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 72.

¹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 425.

assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Grifo nosso).

Segundo Lucas Rocha Furtado, “a divulgação do que ocorre no âmbito da Administração é condição indispensável à realização de outro princípio, o da moralidade. Ademais a eficácia dos atos administrativos fica condicionada a que eles se dê publicidade¹⁶”.

Conforme o entendimento de Carvalho Filho, “quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora¹⁷”.

Em caso de interesse público, devidamente motivado, é possível haver mitigação do princípio da publicidade como, por exemplo, quanto ao sigilo na apresentação das propostas da licitação estabelecido pelo art. 3º, §3º, da Lei nº 8.666/1993: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Esse dispositivo destina-se a resguardar a concorrência de forma igualitária entre os licitantes e evitar a formação de possíveis arranjos fraudulentos.

1.3.5. Princípio da eficiência

Embora não seja tratado explicitamente na Lei nº 8.666/1993, o princípio da eficiência é um dos princípios da Administração Pública elencados no art. 37 da Constituição, portanto, é aplicável às licitações. Esse princípio é mandamental para a Administração, tendo sido inserido com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Hely Lopes Meirelles afirma que ele “exige que atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional¹⁸”.

Presteza é também chamada de rapidez, pois a atividade da administração deve ser desempenhada sem procrastinação, visando os interesses dos administrados e da coletividade em geral. A perfeição consiste na utilização de todas as técnicas possíveis para a melhor execução da

¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 427.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 243.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100.

atividade administrativa. Rendimento funcional, por sua vez, é a realização das atividades com resultados positivos para a Administração Pública e satisfatórios para o interesse da coletividade¹⁹.

1.3.6. Seleção da proposta mais vantajosa

O art. 3º da Lei nº 8.666/1993 também declara que a licitação tem por finalidade garantir a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. A escolha será mais vantajosa quanto menor for o preço e melhor for a prestação ou produto oferecido pelo licitante.

Justen Filho aponta a vantajosidade (*sic*) como uma manifestação direta do princípio da República que impele a todo governante a obrigação de promover a melhor gestão possível e assevera ainda que se deve reconhecer um direito fundamental à boa administração²⁰.

Além dos princípios vetores, o procedimento licitatório também deve se basear na eficiência da licitação e do futuro contrato a ser celebrado. Nesse sentido Justen Filho:

Nenhuma licitação pode ser norteadada apenas por princípios jurídicos. É imperioso que a sua concepção e o seu desenvolvimento sejam informados pelos conhecimentos fornecidos pela Economia, para assegurar a melhor relação possível entre os desembolsos da Administração Pública e os benefícios daí resultantes²¹.

1.3.7. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também prenunciado no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, é reiterado no art. 41 da mesma lei, que afirma, em seu *caput*: “a

¹⁹ Ver GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

²⁰ FREITAS, Juarez *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 62.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 453.

Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Evelise Prado, ao expor acerca desse assunto, cita um julgado do TJ-PE bastante esclarecedor sobre o conceito do princípio em análise:

Os termos do instrumento convocatório, a menos que afrontem o ordenamento jurídico pátrio, devem ser seguidos à risca, sob pena de exclusão do certame do candidato que deixou de observar a cláusula editalícia, a qual tem por finalidade última resguardar os princípios norteadores da Administração Pública, sobretudo aqueles referentes ao procedimento da licitação. Proposta mais vantajosa é sempre e inevitavelmente uma das que preenchem integralmente os requisitos fixados no edital, de modo que as propostas produzidas em descompasso com as normas editalícias, mesmo que aparentemente mais benéficas ao interesse público, não devem sagrar-se vencedoras de licitações. (TJ-PE, 7ª Câm. Cível, Agravo n. 01653416, Relator Fernando Cerqueira, julg. 21.10.2008, v.u.)²²

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser observado tanto pela Administração Pública quanto pelos licitantes, e seu descumprimento acarreta nulidade do processo licitatório. Ambos ficam adstritos aos termos do edital, evitando-se a arbitrariedade na escolha.

Carvalho Filho ressalta a importância desse princípio:

Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa²³.

O instrumento convocatório conduzirá a licitação. Todavia, esse princípio não significa um engessamento absoluto, pois, caso algum termo do edital prejudique o procedimento ou mesmo as propostas, pode-se realizar alterações, nos termos do art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/1993: “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

²² VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 232.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 244.

1.3.8. Princípio do julgamento objetivo das propostas

O *caput* do art. 45 da Lei nº 8.666/1993 declara a obrigatoriedade de critérios objetivos para o julgamento das propostas:

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.

A lei estabelece, ainda, no art. 44, que os critérios objetivos definidos no instrumento convocatório devem ser pautados pelos princípios estabelecidos nela. A moldura formada pelos critérios objetivos tem por finalidade afastar o caráter subjetivo do administrador e resguardar o interesse público.

Carvalho Filho conceitua esse princípio:

o princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição²⁴.

1.4. Aspectos negativos da Lei 8.666/1993 e a demanda por um novo regime de contratações

A Lei nº 8.666/1993, a princípio, foi editada com o propósito de garantir transparência nas contratações públicas, com vistas a suprir a grande demanda da Administração Pública por prestações de serviços para sua atividade-meio, assim como para suas aquisições.

²⁴ Idem, *ibidem*.

Contudo, a prática tem mostrado que o excesso de formalismo contido na lei em questão acaba por engessar o procedimento licitatório, tornando-o mais moroso, nem sempre garantindo uma contratação de qualidade.

A licitação, também, é muitas vezes utilizada como principal meio de desvio de recursos públicos através de conluíus entre administradores e licitantes. Capobianco e Abramo refletem a ideia de que, quanto maior for o arbítrio dado ao administrador, maior será sua chance de cometer tais desvios:

Por mais desorganizado que um regime seja, o que o administrador público pode e não pode fazer é sempre objeto de regulamentações específicas. A amplitude de seu arbítrio é definida por tais regulamentos. No caso das licitações públicas, isso significa que a possibilidade de o administrador público "vender" privilegiamentos está na razão direta do grau de arbítrio que os regulamentos lhe atribuem. Quanto maior for esse grau de arbítrio, maiores serão as oportunidades de corrupção²⁵.

Ainda acerca dos desvios de verbas públicas, importante se faz descrever o mecanismo da corrupção nas licitações e contratos, baseado no pensamento de Capobianco e Abramo²⁶:

- 1- Estabelecimento de condições especiais para alijar potenciais concorrentes da disputa. O administrador justifica seus critérios com base no "interesse público".
- 2- Decide quem será o vencedor através de um julgamento arbitrário disfarçado de considerações técnicas.
- 3- Definição imprecisa do objeto da licitação.
- 4- Administradores não baseiam o destino do investimento no interesse social, mas sim nas possibilidades de oferta da empresa envolvida. Dessa maneira, os investimentos são decididos de forma centralizada e pouco discutidos com as comunidades afetadas e com os interesses envolvidos.
- 5- Administrador ignora o descumprimento do contrato em virtude da inexistência de regras precisas a respeito do acompanhamento da execução de contratos.

²⁵ CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro; ABRAMO, Claudio Weber. Licitações e contratos: os negócios entre o setor público e o privado. 2010. p. 2. Disponível em: < <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2887>>. Acesso em: 02/05/2014.

²⁶ Idem, ibidem.

- 6- A falta de normas em relação ao pagamento de contratos executados possibilita o administrador “vender” o direito de recebimento.
- 7- A debilidade de mecanismos de controle conduz à impunidade.

A Lei nº 8.666/1993 sofreu diversas alterações em seu texto ao longo dos anos. Tais mudanças exprimem o anseio por um procedimento mais célere, transparente e eficiente, que possa garantir uma contratação de qualidade a fim de atender aos princípios que norteiam as contratações públicas.

2. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – ASPECTOS GERAIS

2.1. Instituição do Regime Diferenciado de Contratações

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi instituído pela Lei nº 12.462, de 04 agosto de 2011, e, posteriormente, regulamentado pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

O art. 22, §8º da Lei nº 8.666/1993 veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação de modalidades existentes para a licitação; entretanto, é possível criar novas modalidades por meio de lei federal específica, como ocorreu com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e também com o Pregão (instituído pela Lei nº 10.520, de 2002). Nesse sentido, Justen Filho explica:

A Lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre o tema (...).

Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do §8º deve ser interpretada em termos. Nada impede que a Administração produza novas modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei nº 8.666²⁷. (Grifo nosso).

O Regime Diferenciado de Contratações reflete a premência de modernização dos procedimentos licitatórios, pois, embora o texto da Lei nº 8.666/1993 tenha passado por várias alterações, ainda assim tem se mostrado ineficaz em diversos aspectos.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 255.

2.2. Aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações

O Regime Diferenciado de Contratações foi criado, a princípio, para ser aplicado exclusivamente nas obras e serviços referentes aos grandes eventos esportivos a serem sediados no Brasil: Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação (Fifa) 2013; Copa do Mundo Fifa 2014; Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação até 350 km de distância das cidades sedes dos mundiais citados anteriormente.

Embora o *caput* do art. 1º da Lei nº 12.462/2011 utilize a expressão *exclusivamente* para se referir à aplicabilidade do RDC, leis posteriores estenderam esse âmbito de aplicação. Estão inclusas nesse rol as licitações e contratos referentes a: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC (incluído pela Lei nº 12.688, de 2012); obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (incluído pela Lei nº 12.745, de 2012); obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (incluído pela Lei nº 12.688, de 2012); obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (incluído pela Lei nº 12.722, de 2012).

Depreende-se, através desse alargamento da aplicabilidade do RDC, que uma modalidade de contratação, a princípio efêmera, mostra sua vocação perene. O regime, em um primeiro momento, foi estabelecido para eventos esportivos que se esgotariam em 2016; contudo as alterações no texto da lei possibilitaram a utilização do RDC em obras de caráter permanente.

Romiro Ribeiro, em artigo acerca do Regime Diferenciado de Contratações, afirma que, se o RDC tem por escopo modernizar o processo licitatório, não faria sentido restringi-lo apenas aos eventos esportivos ao invés de estender seus benefícios a todas as compras e execuções de obras necessárias à Administração Pública:

entendemos que o mecanismo propugnado pelo RDC possa ser adotado, sempre que for técnica e financeiramente recomendado, para qualquer tipo de aquisição de bens ou

execução indireta de obra ou serviço de engenharia, além daqueles relacionados aos eventos esportivos²⁸.

De acordo com o entendimento de Vitor Lanza Veloso e Ricardo Barretto de Andrade, apesar da lei vincular tal regime aos eventos esportivos e a obras do PAC, por exemplo, encontram-se expressões como a do artigo 1º, que, ao elencar as possibilidades de aplicação do RDC, fala “licitações e contratos necessários à realização”. Todavia, há muitas obras que podem ser taxadas como necessárias à realização de um dos eventos previstos desde uma simples sinalização de trânsito até mesmo construção de estádios ou aeroportos. Dessa forma, a lei não seria muito clara ao definir o âmbito de aplicação do RDC²⁹.

Embora tenha se tornado cada vez mais amplo, o Regime Diferenciado de Contratações não exclui a incidência da Lei nº 8.666/1993. No entanto, caso seja utilizado o RDC, essa opção deve vir expressa no instrumento convocatório, o que afastará as normas da Lei nº 8.666/1993, ressalvadas as previstas na Lei nº 12.462/2011. Conforme o texto do art. 1º, §2º, da lei que instituiu o RDC:

§ 2º A opção pelo RDC 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.

2.3. Objetivos e diretrizes

O art. 1º, §1º, da Lei nº 12.462/2011 traça as objetivos do Regime Diferenciado de Contratações, quais sejam:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

²⁸ RIBEIRO, Romiro. Licitações - Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Medida Provisória 521, De 2010. *Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira*, 2011, p. 6. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/7345>>. Acesso em 06/05/2014.

²⁹ ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 60, fevereiro de 2012, p. 2. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 19/04/2013.

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.

Através dos objetivos elencados na lei, percebe-se uma clara pretensão de promover a celeridade, transparência e desburocratização das contratações públicas.

Os objetivos de “ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes” (art. 1º, §1º, I) e de “assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública” (art. 1º, §1º, IV) representam a busca por contratos que congreguem qualidade e economia para a Administração Pública e que asseverem uma competição sem favorecimentos para os licitantes, trazendo, assim, confiança tanto para os que participarão do procedimento como para os administrados em geral.

Os objetivos de “promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público” (art. 1º, §1º, II) e de “incentivar a inovação tecnológica” (art. 1º, §1º, III) simbolizam a necessidade de modernização na forma como os contratos administrativos são realizados.

A eficiência requerida no art. 1º, §1º, I, além de objetivo, também se mostra como princípio norteador das contratações, conforme ensinam Andrade e Veloso:

A busca pela eficiência, veiculada na Lei do RDC tanto como objetivo quanto como princípio, parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de um interesse público qualificado pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis³⁰.

A fim de manter a igualdade entre os licitantes e de evitar que o administrador especifique o objeto a ponto de induzir a escolha do vencedor, o art. 5º da lei prescreve que “o

³⁰ Idem, p. 3.

objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”.

Romiro Ribeiro preceitua que o objetivo do RDC “é propiciar à Administração Pública maior celeridade na celebração dos contratos necessários à realização dos eventos esportivos, mitigando os riscos de eventuais atrasos que possam comprometer a concretização desses eventos³¹”. Importante ressaltar que o autor trata apenas da “realização dos eventos esportivos” porque seu artigo fora escrito antes das alterações no texto da Lei nº 12.462/2011 que ampliaram a aplicabilidade do RDC.

Os objetivos estabelecidos pelo RDC são inovações em relação à Lei nº 8.666/1993, que se mostrou bastante presa ao formalismo. Nesse sentido, Eduardo P. S. Fiuza afirma:

o RDC é o primeiro a enumerar claramente os vetores de desenvolvimento a nortearem o processo e a falar em eficiência e competitividade. Esta recente diferença de mentalidade, por si só, já é revolucionária. A busca por uma maior eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro foi completamente negligenciada pela legislação anterior, presa tão somente ao formalismo e ao cumprimento de ritos que, no mais das vezes, não guardam qualquer correlação com a eficiência do processo produtivo de um órgão público, muito menos com o bem-estar do cidadão, e são unanimemente criticados por gestores de compras. Ainda assim, embora os critérios da Lei nº 8.666/1993 listados não sejam o objetivo da licitação do RDC, também estes devem ser observados, juntamente com o desenvolvimento sustentável (Art. 3o da Lei no 12.462/2011)³².

O art. 4º da Lei nº 12.462/2011 enumera as diretrizes a serem observadas:

- 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;

³¹ RIBEIRO, Romiro. Licitações - Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Medida Provisória 521, De 2010. *Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira*, 2011, p. 3. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/7345>>. Acesso em 06/05/2014.

³² FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*. IPEA, nº 19, p. 9. Brasília, 2012.

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, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;

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.

Conforme o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas, essas diretrizes têm como escopo alguns princípios:

São diretrizes que se encontram amparadas nos princípios da segurança jurídica (tanto no que tange à padronização dos objetos da contratação, quanto dos instrumentos contratuais), da eficiência (no que se refere às variáveis de desempenho e de utilização das planilhas de custos dos licitantes) e da economicidade (na busca de maior retorno econômico para a Administração)³³.

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 27, p.7. Salvador, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 22/07/2013.

3. INOVAÇÕES E ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

O Regime Diferenciado de Contratações, desde sua concepção, gerou polêmica, pois a Medida Provisória nº 527/2011, que posteriormente foi convertida na Lei nº 12.462/2011, detinha, inicialmente, uma temática distinta das contratações públicas.

A MP nº 527/2011 dispunha acerca da criação da Secretaria de Aviação Civil e alterava a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Essa inclusão de matéria estranha à tratada na MP, de acordo com o Procurador-Geral da República (Roberto Gurgel) representaria uma afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF) porque tal espécie normativa é da iniciativa exclusiva do Presidente da República³⁴.

De acordo com a Advocacia do Senado Federal, a inclusão do Regime Diferenciado de Contratações não foge à temática da Medida Provisória nº 527/2011, tendo em vista que o RDC é aplicável a obras e serviços relativos aos eventos esportivos mencionados no art. 1º Lei nº 12.462/2011 e, entre tais obras, estariam as referentes ao serviço aeroportuário.

O RDC imprimiu mudanças substanciais na maneira de realizar as contratações públicas, mas, enquanto algumas novidades são bem aceitas por trazerem, por exemplo, mais celeridade, outras causam divergência.

3.1. Inversão de fases e negociação de condições mais vantajosas

³⁴ ADI 4.655 (Rel. Ministro Luiz Fux). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>. Acesso em: 04/06/14

O art. 12 da Lei nº 12.462/2011 dispõe acerca das fases do procedimento de licitação, quais sejam: preparatória; publicação do instrumento convocatório; apresentação de propostas ou lances; julgamento; habilitação; recursal; e encerramento.

Diferentemente, a Lei nº 8.666/1993 dispõe que o procedimento de licitação seguirá uma fase interna e outra externa. A fase interna inicia-se na repartição interessada com a abertura do processo em que a autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa. A seguir, desenvolve-se a fase externa através dos seguintes atos: audiência pública; edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e propostas; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; adjudicação e homologação³⁵.

Um dos aspectos polêmicos consiste nessa inversão de fases do RDC, tendo em vista que a habilitação só ocorrerá após o julgamento das propostas. O parágrafo único do artigo mencionado estabelece ser possível, mediante ato motivado, que a fase de habilitação anteceda as fases de apresentação de propostas ou lances e a de julgamento, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório. A inversão de fase também é possível no caso de Pregão ou Parceria Público-Privada (PPP).

Carvalho Filho entende essa inversão de fases como uma tendência de desburocratização:

Observando a tendência que vem se verificando, em prol da *desburocratização e celeridade do certame*, a fase de habilitação é posterior à do julgamento. Essa é a regra geral, mas a lei admite que aquela anteceda esta se houver ato motivado e previsão no instrumento de convocação³⁶. (Grifo nosso).

A habilitação posterior ao julgamento pode ser entendida como uma forma de proporcionar celeridade ao procedimento, pois assim apenas o vencedor deverá apresentar os documentos de habitação, ressalvados os casos de inversão de fases³⁷. As impugnações meramente protelatórias de concorrentes também ficam afastadas com esse procedimento. Nesse sentido, Renato Monteiro de Rezende afirma:

³⁵ Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.

³⁷ A lei nº 12.462 de 2011 trata como inversão de fases os procedimentos que seguem a regra da lei nº 8.666 de 1993 (habilitação anterior ao julgamento).

Nas licitações em que a fase de habilitação precede a de julgamento de propostas, supondo que não haja conluio, todos os licitantes têm potencial interesse de afastar da disputa seus adversários com base em impugnações dos documentos de habilitação. Assim, há espaço para se deflagrar uma guerra de todos contra todos, com multiplicação de recursos contra a habilitação de cada licitante. Esse quadro se modifica significativamente com a inversão de fases, pois, uma vez conhecido o autor da melhor proposta, os eventuais recursos serão dirigidos apenas contra ele, poupando à Administração e aos próprios licitantes tempo e recursos³⁸.

Rezende aduz, ainda, que, mesmo quando os licitantes atuarem em conluio, a inversão de fases será vantajosa, pois o cotejo das propostas de preço de todos os licitantes, que é característica das licitações com inversão de fases, possibilitará revelar a prática cartelística.

O art. 26 da Lei nº 12.462/2011 enuncia que após a definição do resultado do julgamento, a Administração Pública tem a possibilidade de negociar condições mais vantajosas com o vencedor. Essa negociação poderá ser feita com os demais licitantes, na ordem de classificação, quando, mesmo após a negociação, o primeiro colocado for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado (art. 26, parágrafo único).

Marçal Justen Neto explana que possibilidade de negociação procura aumentar a vantajosidade (*sic*) da contratação para a Administração Pública e também evitar o fracasso da licitação através da adequação do valor da proposta vencedora. Contudo, o autor entende que essa norma necessita de regulamentação:

Em primeiro lugar, a regra prevista n art. 26 não é auto-aplicável. Sua aplicabilidade depende de regulamentação que discipline de modo detalhado como será o procedimento de negociação da proposta. Ainda que o referido dispositivo não faça remissão expressa a regulamento, seu teor é insuficiente para a aplicação direta na negociação³⁹.

³⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011, p.27. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 25/02/2014

³⁹ JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas após o resultado do julgamento no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, oliveira e Talamini*, p.2. Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 13/07/2013.

3.2. Orçamento sigiloso

A novidade do orçamento sigiloso foi um dos maiores motivos de controvérsia em relação ao Regime Diferenciado de Contratações. De acordo com tal dispositivo, o orçamento estimado para a contratação só adquirirá publicidade após o término da licitação, conforme o texto do art. 6º da Lei nº 12.462/2011:

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.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 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.

Os §§ 1º e 2º do mencionado artigo abrem a possibilidade de divulgação do orçamento no instrumento convocatório, quando o critério de julgamento for por maior desconto ou por melhor técnica. Há esse permissivo porque tais critérios requerem a publicidade do orçamento, tendo em vista que o critério de maior desconto terá o preço global fixado no instrumento convocatório como referência (art. 19, §2º), enquanto o critério da melhor técnica prevê, no instrumento convocatório, o prêmio ou a remuneração a ser atribuída aos vencedores (art. 21).

O orçamento sigiloso transpõe a intenção legislativa de barrar arranjos fraudulentos entre licitantes, pois apenas os órgãos de controle externo e interno teriam acesso ao orçamento estimado. Evidentemente que administradores públicos também poderiam estar envolvidos em práticas corruptas, o que enfraqueceria toda a eficácia do sigilo.

Renato Monteiro Rezende explana que a manutenção do orçamento em sigilo, em um mundo onde não houvesse corrupção de agentes públicos, poderia funcionar como estratégia de combate a cartéis entre licitantes:

Com efeito, desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração, o licitante (mesmo na hipótese de combinação de preços pelo cartel) terá incentivos para reduzir o valor de sua proposta, sob o temor de vê-la desclassificada, o que redundará em margens maiores de desconto para o Poder Público, relativamente ao valor constante do orçamento⁴⁰.

Rezende, no mesmo artigo, cita ainda a recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em suas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater conluíus nos certames para contratação pública), que corrobora com seu pensamento:

Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública.

Além das desconfianças trazidas pelo orçamento sigiloso, outro motivo conflitante é o fato de ir de encontro ao princípio da publicidade. O art. 44, §1º da Lei nº 8.666/1993 proíbe expressamente esse sigilo: “é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes”.

Dessa forma, alguns entendem haver inconstitucionalidade formal no dispositivo acerca do orçamento sigiloso, pois a Lei nº 12.462/2011 seria lei especial e, portanto, não deveria contrariar lei geral (a Lei nº 8.666/1993). Entretanto, a própria Lei nº 12.462/2011 estabelece que a escolha por seu regime afasta as normas da Lei nº 8.666/1993; assim sendo, a classificação do RDC como lei especial ou geral não é pacífica.

⁴⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011. p.40. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 25/02/2014

Há, também, entendimento contrário a esse, como o de Marcos Nóbrega, por exemplo, que não vislumbra no sigilo nenhuma violação ao princípio da publicidade:

Abordando mais detidamente os dispositivos legais e em sede preliminar, devemos assentar que *não vemos qualquer amesquinamento do princípio constitucional da publicidade*. O direito brasileiro, principalmente a partir dos anos 90, passou a supervalorizar a ideia dos princípios, colocando-os como elementos máximos do sistema. Essa supervalorização ensejou uma espécie de “vale tudo” jurídico, ou seja, ou “tudo pode” ou “nada pode”. Os princípios muitas vezes são invocados sem devida análise técnica, determinando um “senso comum” jurídico que acaba por atrapalhar os melhores objetivos buscados. *O princípio da transparência é relativo e não absoluto. Assim, dependendo dos objetivos perseguidos e dos custos envolvidos, vale a pena postergá-lo, com vistas a melhorar as regras do jogo dando mais competitividade ao certame*⁴¹. (Grifo nosso).

A ideia trazida pelo orçamento sigiloso de garantir a competitividade e levar os licitantes a baixarem suas propostas é benéfica, todavia a manutenção do sigilo total não parece factível.

3.3. Contratação integrada

O art. 9º da Lei nº 12.462/2011 estabelece a possibilidade de utilização de contratação integrada nas licitações de obras e serviços de engenharia, desde que técnica e economicamente justificada e que envolva pelo menos uma das condições previstas nos incisos desse artigo:

- I - inovação tecnológica ou técnica;
- II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Nessa modalidade de contratação, a empresa licitante ficará responsável tanto pelo projeto básico quanto pelo projeto executivo. Na contratação integrada é vedada a celebração de

⁴¹ NÓBREGA, Marcos. *O Regime Diferenciado de Contratação - RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso*. Revista dos Tribunais Nordeste, vol. 1/2013, p. 19

termos aditivos aos contratos, salvo nos casos “para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior” 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 8.666, de 21 de junho de 1993” (esse limite é de até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos).

O art. 6º, VII, e, da Lei nº 8.666/1993 tem um mecanismo semelhante: a empreitada integral, porém, esta possui projeto básico antes da licitação, enquanto na contratação integrada ele compete à empresa licitante. O inciso IX desse mesmo dispositivo conceitua projeto básico como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução”.

Eduardo P. S. Fiuza tem uma visão favorável à contratação integrada, pois entende que, devido à grande complexidade dos serviços de construção civil, acabam-se celebrando muitos termos aditivos. Afirma ainda que as empreiteiras participantes preferem não revelar as falhas e vícios que detectam no projeto a fim de tirarem proveito da assimetria de informações para fazerem propostas desbalanceadas (*unbalanced bids*), conhecidas como jogo de planilha, para depois lucrar renegociando o contrato após a assinatura.

Fiuza explana que a contratação integrada acabaria com esse jogo de planilha, pois “esse regime permite que o licitante ganhador elicite sua maior competência e eficiência, transmitindo-a aos preços praticados⁴²”.

Aqueles que possuem posicionamento contrário à contratação integrada entendem existir inconstitucionalidade nesse dispositivo, pois violaria previsões gerais da Lei nº 8.666/1993 além

⁴² FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*. IPEA, nº 19, p. 10. Brasília, 2012.

de conferir poder em demasia ao licitante vencedor. Rezende vislumbra inconstitucionalidade formal e material:

Formalmente, o dispositivo contraria normas da Lei nº 8.666, de 1993, mais precisamente: a) o art. 7º, § 2º, I e II, de acordo com o qual *as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, e existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários*; b) o art. 40, § 2º, I e II, segundo o qual *constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos*.

Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do RDC, pode conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público. Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado⁴³.

Romiro Ribeiro explica que, conforme o relatório do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 521, de 2010 (embora tenha objeto diferente incluiu o tema de licitações), o objetivo do Regime Diferenciado de contratações é a entrega final do produto:

Com isso, ressalta o Relatório, o foco do RDC é a entrega final do produto, obra ou serviço. Diminuindo-se a superposição de contratos e empresas num único empreendimento, definindo melhor a responsabilidade das empresas pelo objeto contratado, diminuindo o risco de falhas, que passarão a ser de ônus exclusivo do contratado, uma vez que estes serão, nas contratações integradas, responsáveis pela elaboração dos projetos básico e executivos, impossibilitando a celebração de aditivos

⁴³ REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011, p. 45. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 25/02/2014.

nos moldes que habitualmente ocorrem, e onde estão concentrados os maiores riscos de fraude e aumento de custos das obras⁴⁴.

3.4. Remuneração variável e contratos de desempenho

Os contratos com remuneração variável e os contratos de eficiência visam ampliar as vantagens para a Administração Pública e estimular o melhor cumprimento dos contratos, aumentando a eficiência deles. A respeito de ambos, Rafael Wallbach Schwind explica:

Em linhas gerais, a remuneração variável e os contratos de eficiência constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro pré-determinado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência. Adota-se uma sistemática de *contratos de risco*, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado, é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gera benefícios ao contratante⁴⁵. (Grifo do autor).

O art. 10 da Lei nº 12.462/2011 dispõe sobre os contratos de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

⁴⁴ RIBEIRO, Romiro. Licitações - Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Medida Provisória 521, De 2010. *Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira*. 2011, p. 4. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/7345>>. Acesso em 06/05/2014.

⁴⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 56, outubro de 2011, p.1. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 24/02/2014.

A lei não detalha o funcionamento dessa forma de remuneração variável e incumbe ao instrumento convocatório e ao contrato pormenorizar a respeito. A lei apenas assevera que a utilização desse mecanismo deve ser motivada.

Schwind afirma que nas contratações que prevejam remuneração variável, o contratado receberá uma remuneração maior na medida em que atingir as metas estabelecidas no edital. “Pode haver, portanto, um bônus ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas. A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito.⁴⁶”

Um ponto controverso quanto a esse assunto é a disposição de que a remuneração variável “respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação”, pois pode levar a interpretações diversas como a de que a remuneração poderia ser maior que a proposta vencedora, por exemplo.

Há dissenso, ainda, no tocante aos critérios de aferição para conceder a remuneração de desempenho, pois a lei estabelece que essa bonificação deve ser baseada em “metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”. Contudo, o cumprimento de metas e de prazos, licença ambiental, entrega das obras no prazo correto e execução do padrão de qualidade estabelecido no edital são prestações já pressupostas ao realizar a contratação, portanto, são obrigações que nascem automaticamente para o licitante vencedor.

Os contratos de eficiência, previstos no art. 23 da Lei nº 12.462/2011, serão julgados pelo critério do maior retorno econômico. Tais contratos visam selecionar a proposta que gere maior economia para a Administração Pública; assim sendo, o contratado será remunerado com base no percentual de economia que gerar. Esses contratos podem abranger a realização de obras e o fornecimento de bens.

Na hipótese da economia prevista não ser gerada haverá sanção, diferentemente dos contratos de remuneração variável. De acordo com o art. 23 essas sanções podem ser:

⁴⁶ Idem, p. 4.

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.

As críticas ao contrato de eficiência são no sentido de que este, ao eleger os licitantes que podem gerar maior economia, fere o princípio da impessoalidade.

3.5. Contratação de mais de uma empresa

O art. 11 da Lei nº 12.462/2011 autoriza a Administração Pública a contratar mais de uma empresa para executar o mesmo serviço quando “o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado” (art. 11, I) ou “a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública” (art. 11, II).

A lei afirma que tal possibilidade não é aplicável aos serviços de engenharia e que a Administração deve manter o controle individualizado de cada uma das empresas na execução do contrato.

Essa contratação múltipla não é resguardada pela Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que esta apenas permite o parcelamento desde que cada etapa do serviço corresponda a uma licitação distinta, conforme o texto do art. 23, §1º e §2º:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

O grande alvo de críticas desse dispositivo consiste no fato da Lei nº 12.462/2011 não descrever o mecanismo dessa execução simultânea. Nesse sentido Rezende contesta:

Se se cuida de um mesmo objeto executado de forma concorrente e simultânea, cabe indagar: como se dará a escolha e que critérios serão utilizados pela Administração para determinar qual dos contratados executará o quê, quando não houver acordo entre eles sobre a execução do mesmo serviço, no mesmo local e ao mesmo tempo? Além disso, admitindo-se que não se trate de hipótese de credenciamento (com universo indefinido de possíveis contratados), a Lei não definiu que os demais licitantes que forem contratados deverão ser remunerados nos termos da proposta do licitante vencedor⁴⁷.

A contratação simultânea, embora preze pela eficiência, pode gerar diferença entre as prestações, podendo alguma vir a ter qualidade inferior. A falta de descrição de como se dará a execução múltipla, pela Lei nº 12.462/2011, dificulta ainda mais esse mecanismo.

3.6. Sustentabilidade

A Lei nº 12.462/2011 demonstra uma grande preocupação com os impactos ambientais das obras, enquanto a Lei nº 8.666/1993 é bem mais sucinta no tocante ao assunto. A sustentabilidade ambiental é um dos elementos de vinculação da remuneração variável do RDC, por exemplo.

A importância dada à preservação do meio ambiente nesse procedimento segue a tendência das “licitações verdes”. Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas explicam que essa preocupação ambiental é um dos expoentes da função regulatória da licitação consagrados no Regime Diferenciado de Contratações. Segundo essa função “a licitação não tem por objetivo apenas a busca pela economicidade nas contratações públicas, mas também a

⁴⁷ REZENDE. Op. cit. p. 27

efetivação de outros valores constitucionais”. Dessa forma, as contratações no âmbito do RDC devem promover: preservação do meio ambiente; respeito à ordem urbanística; proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial; promoção da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.⁴⁸

⁴⁸ OLIVEIRA; FREITAS. *op. cit.* p. 7.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a mudança de paradigma que as contratações públicas experimentaram nos últimos tempos. Embora a Lei nº 8.666/1993 ainda seja o principal guia dos procedimentos licitatórios, começa a ter sua aplicabilidade diminuída e a ceder espaço para mecanismos mais ágeis e eficazes, dentre eles o Regime Diferenciado de Contratações.

O texto da Lei nº 8.666/1993 sofreu diversas alterações nas últimas décadas, a demonstrar a necessidade de mudanças no procedimento nela previsto. Ao buscar combater os desvios de verba pública, a lei acabou criando mecanismos formalistas que tornaram a licitação algo extremamente burocrático e oneroso. Todavia, mesmo diante de tamanho engessamento, muitas licitações são alvos de conluios fraudulentos que levam ao desvio de grande quantidade de dinheiro dos cofres públicos.

O Regime Diferenciado de Contratações, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, possui um grande foco na eficiência das contratações e no aumento da competição entre os licitantes. Além dessas metas, a lei também elenca como objetivos promover a troca de experiências e tecnologias a fim de obter a melhor relação custo-benefício para o setor público; incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, de forma a proporcionar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

A Lei nº 12.462/2011 sofre críticas no tocante a diversos aspectos. A instituição do orçamento sigiloso, por exemplo, é um ponto bastante polêmico do RDC; entretanto, denota o combate aos cartéis e segue a orientação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), também adotada em outros países, de não divulgar o preço máximo, buscando, dessa forma, reduzir o valor das propostas já que os licitantes – que não sabem o valor máximo que poderá ser pago – tenderão a diminuir o preço a fim de não terem suas propostas desclassificadas.

O Regime Diferenciado de Contratações se vale de mecanismos muito semelhantes aos do direito privado e abre espaço para uma maior atuação dos particulares, como no caso da remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada.

Essa utilização de institutos do direito privado, entretanto, tem de ser cautelosa, pois o interesse público deve ser resguardado, embora não possa ser utilizado como justificativa para qualquer ato arbitrário da Administração.

A contratação integrada é outro fruto da Lei nº 12.462/2011: através dela, todas as etapas da obra (desde o projeto básico) são executadas pela contratada. Essa ferramenta permite elevado desenvolvimento técnico das obras e serviços de engenharia e, ao mesmo tempo, possibilita superfaturamento delas, pois concede maior liberdade à empresa contratada.

Observa-se, com a contratação integrada, uma busca pelo aumento da eficiência do contrato, tendo em vista que as empresas – normalmente detentoras de maior especialização técnica que a Administração Pública – ficarão responsáveis pela realização de todas as etapas das obras contratadas.

Através do emprego desses procedimentos inovadores percebe-se que os contratos administrativos, com a adoção do RDC, passam a seguir a tendência da administração gerencial e a ter um papel não apenas de procedimento formal, mas também de regulador.

Essa função reguladora trazida pelo Regime Diferenciado de Contratações evidencia-se nas diretrizes elencadas no art. 4º da Lei nº 12.462/2011 como, por exemplo, a preservação ambiental, a proteção do patrimônio cultural e a busca por acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O Regime Diferenciado de Contratações, em um primeiro momento, pode ser visto como um sistema emergencial de contratação pública que visa suprir a falta de planejamento antecipado para as construções relativas aos eventos esportivos mundiais a serem sediados no Brasil. Contudo, apesar de conter pontos controversos, esse regime traz diversas inovações e representa um salto em busca da modernização, celeridade e eficiência dos procedimentos licitatórios.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n° 60, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 19/04/2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro; ABRAMO, Claudio Weber. *Licitações e contratos: os negócios entre o setor público e o privado*. 2010. Disponível em: <<https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2887>>. Acesso em: 02/05/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, IPEA. n ° 19. Brasília, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas após o resultado do julgamento no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen*,

Pereira, oliveira e Talamini, Curitiba, n° 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 13/07/2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NÓBREGA, Marcos. *O Regime Diferenciado de Contratação - RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso*. Revista dos Tribunais Nordeste, vol. 1/2013. p. 19

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 22/07/2013.

REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 25/02/2014

RIBEIRO, Romiro. Licitações - Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Medida Provisória 521, De 2010. *Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira*. 2011. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/7345>>. Acesso em 06/05/2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n° 56, outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 24/02/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. Malheiros, 2002.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2010.