



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

LUIZ EDUARDO MENDES

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES:
INOVAÇÕES E ASPECTOS POLÊMICOS**

BRASÍLIA

2014

LUIZ EDUARDO MENDES

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES:
INOVAÇÕES E ASPECTOS POLÊMICOS**

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

LUIZ EDUARDO MENDES

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: PONTOS POLÊMICOS

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:

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Professor Doutor Lucas Rocha Furtado

Professor Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva

Professor Mestre João Costa Neto

Para minha família, com seu mais novo integrante Luiz Eduardo, que sempre me trouxe alegria e motivação nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Michelle, pelo incentivo, compreensão e amor proporcionados desde o dia em que a conheci. Agradeço aos companheiros de jornada pelo mundo do Direito, Carlos Moraes de Jesus e Daniel Barros Miranda, por todo o apoio, companheirismo e amizade proporcionados ao longo destes anos de graduação, dentro e fora do ambiente acadêmico. Meus pais e irmão, por colaborarem na minha construção como pessoa. E finalmente ao professor Mamede pela orientação deste trabalho e apoio no desfecho desta etapa da vida.

RESUMO

O Regime Diferenciado de Contratações, instituído pela Lei nº 12.462 de 2011, disciplina um procedimento licitatório com novidades em relação à legislação vigente com o objetivo de imprimir celeridade e trazer maior eficiência às contratações públicas. Alvo de diversas controvérsias, o diploma legislativo trouxe dispositivos que certamente serão incorporadas ao regime tradicional de licitações e contratos, ampliando ainda mais seu campo de aplicação. O presente trabalho traz o cenário no qual o RDC foi criado, como as circunstâncias decorrentes da realização de grandes eventos esportivos em território brasileiro e a insuficiência da legislação vigente em atender a contento a necessidade de realização de grandes obras e contratações a tempo de suas realizações. Aborda-se ainda seus aspectos gerais, discutindo particularmente seus pressupostos, objetivos, princípios e diretrizes. Finaliza-se com a análise dos pontos inovadores e peculiaridades do novo regime, cuja aplicação representa um importante esforço em prol da modernização e eficiência dos certames licitatórios.

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO *p.8*

1. A INSTITUIÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E SUA RELAÇÃO COM A LEI DE LICITAÇÕES – LEI Nº8.666/93

1.1. Circunstâncias do surgimento da Lei nº12.462 *p.10*

1.2. O objetivo inicial de sua criação *p.10*

1.3. A coexistência com o regime de licitações anterior *p.11*

2. ASPECTOS GERAIS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

2.1. Pressupostos e hipóteses de sua aplicação *p.13*

2.2. Objetivos *p.16*

2.3. O RDC e os princípios norteadores do procedimento licitatório *p.19*

2.4. Diretrizes do RDC *p.25*

3. INOVAÇÕES E PECULIARIDADES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

3.1. Sigilo de orçamento estimado *p.30*

3.2. A autorização para exigências peculiares no caso de compras *p.33*

3.3. A Contratação integrada e seus principais aspectos *p.36*

3.4. A contratação com remuneração variável *p.39*

3.5. A substituição das modalidades de licitação da Lei nº8.666/93 por modos de disputa *p.42*

3.6. Os procedimentos auxiliares e a pré-qualificação permanente como uma das melhores inovações trazidas pela novel legislação; *p.43*

CONCLUSÃO *p.48*

REFERÊNCIAS *p.51*

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.462/2011, a chamada Lei do RDC, trouxe acaloradas discussões jurídicas sobre o tema das licitações públicas, não restritas à comunidade acadêmica ou a operadores do Direito. Logo de início, foram apontadas flagrantes inconstitucionalidades na lei, com a promoção de exacerbados debates relacionados ao receio sobre a adequada aplicação de suas inovações e a um possível descontrole dos gastos públicos. Passada a euforia, verificou-se procedência de algumas críticas, porém também se observou que a novel legislação trouxe importantes e esperadas soluções para a Administração Pública desenvolver o mister da atividade administrativa relacionada às aquisições públicas. Nas palavras do ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, a lei representou “uma evolução em relação à 8.666 e ponta de lança para um novo regime”, na medida em que permitiu “licitações mais transparentes, mais rápidas e eventualmente por preços menores”¹, tornando-se, assim, propulsora de mudança no âmbito das licitações e contratações públicas. Os desafios e questionamentos trazidos pela nova lei ainda estão em fase inicial de enfrentamento. Cabe reflexão crítica, levando-se em consideração o precário ambiente administrativo no qual o RDC terá aplicação, por todos os envolvidos em sua aplicação, seja o legislador, intérprete, os estudiosos do Direito, o particular licitante e contratado, visando o aperfeiçoamento da norma.

O presente trabalho tem como objetivo a análise dos pontos polêmicos trazidos pela referida lei, buscando sempre apresentar, sem pretensão de exaustividade, suas vantagens e desvantagens, com a perspectiva de superação das objeções iniciais e aplicação futura cada vez mais ampla.

¹ <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-09-05/presidente-do-tcu-defende-ampliacao-do-uso-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-para-obras-da-copa>> Acesso em 11 de novembro de 2014

1. A INSTITUIÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E SUA RELAÇÃO COM A LEI DE LICITAÇÕES – LEI Nº 8.666/93

1.1. Circunstâncias do surgimento da Lei nº 12.462/2011

A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, trouxe ao ordenamento jurídico um regime diferenciado para as licitações e contratações públicas, imprescindíveis para o alcance do interesse público, uma vez que “para alcançá-lo, a Administração Pública precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc.”². Daí pode-se retirar a importância da novel legislação, uma vez que trata de tema tão importante para a Administração Pública, tornando-se importante, então, analisar as circunstâncias do surgimento da lei.

A causa principal para a criação de um novo regime licitatório foi a necessidade de tornar mais céleres as contratações de obras e serviços imprescindíveis à realização de importantes eventos esportivos previstos a ocorrer no país: a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Tais eventos esportivos são de grande importância para a sociedade brasileira, principalmente a Copa do Mundo de 2014, dada a importância do futebol no imaginário coletivo brasileiro, sendo uma das manifestações culturais mais importantes do país. Além deste aspecto social, vislumbram-se oportunidades econômicas de grande monta trazidas pelos eventos, o que pode ser fonte de grande crescimento econômico em razão da acentuada entrada de capital estrangeiro. Há de se ressaltar também que dado o exíguo prazo para a conclusão das obras, complicadores advindos do numeroso número de cidades-sede em um país de dimensões continentais, acabou por dar caráter de emergência às contratações relacionadas às obras destinadas à Copa do Mundo.

1.2. O objetivo inicial de sua criação

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed., 2012 p.238.

Dada a importância nacional e internacional dos eventos, se fez necessário dar celeridade às contratações realizadas pelo poder público para que as obras estivessem prontas a tempo. Nas palavras de Carlos Pereira Pinto Motta:

Toda essa operação requer um esforço paralelo por parte da máquina burocrática administrativa no sentido de providenciar as licitações e contratos correspondentes, dentro dos limites do poder de gasto, com a máxima agilidade nos processos e ser perder de vista, em nenhum momento, a qualidade final dos produtos e serviços. Sem dúvida, uma tarefa colossal, que exige mais do que nunca a operacionalidade do planejamento público e as realizações práticas do princípio da eficiência.³

O cenário original, decorrente da quase impossibilidade em se obedecer aos cronogramas impostos por via das modalidades licitatórias tradicionais trazidas pela Lei nº 8.666/93, ensejou o modelo diferenciado trazido inicialmente por Medida Provisória nº 527, que por sua vez foi convertida na Lei nº 12.462 ora em estudo.

1.3. A coexistência com o regime de licitações anterior

A motivação inicial para adoção do novel sistema licitatório, as circunstâncias extraordinárias trazidas pelo compromisso do governo brasileiro em realizar os megaeventos esportivos, constituiu oportunidade para promover reforma legislativa na área de licitações e contratações públicas, invocando-se inclusive como indicador da necessidade de mudanças a ineficiência da Lei 8.666/93 em atender a contento ao cenário de contratações para as obras e serviços necessários à realização dos eventos. Este fato deixou clara a insatisfação com o regime tradicional trazido pela Lei 8.666/93.

³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº12.462/2011, Decreto nº7.581/2011.*,2012. p.23

Apesar das adequações sofridas pela lei de licitações e contratações públicas ao longo dos anos⁴, persiste grande insatisfação acerca dos modelos licitatórios e contratuais disponíveis, o que acarretou grande número de projetos de lei dispostos a substituí-la. Diante da incapacidade de se estabelecer um modelo em sua substituição, a Lei nº 8.666 continua vigente, mesmo diante destas críticas, muitas vezes contraditórias entre si, pois incapazes de identificar objetivamente os defeitos do diploma legislativo em vigor, existindo ainda incerteza quanto às mudanças apropriadas. Muitos julgamentos contrários à Lei desprezam as condições administrativas adversas na qual ela é aplicada. As mazelas observadas em procedimentos licitatórios e contratações a exemplo de disfunções, atrasos, desperdícios e lesões ao erário não tem como causa a inépcia do legislador, mas sim características inerentes à estrutura administrativa burocrática do poder público.

Apesar disto, vários aspectos intrínsecos da Lei nº 8.666/93 são limitadores, como por exemplo, a equivocada formalização ritual para licitações de técnica e preço; o ensejo a interpretações baseadas no hiperformalismo; a ausência de motivação às Comissões de Licitação e aos servidores públicos, sempre acometidos do medo de errar; a insuficiente cobertura de questões orçamentárias; a desobrigação da Administração em avaliar o custo-benefício de cada procedimento licitatório devido à ausência de dispositivos referentes ao sistema de custos, dentre outros. Seu caráter detalhista, de uma lei pretensamente exaustiva, diminui a margem para regulamentação das lacunas, engessando a legislação e não permitindo a adaptação local e temporal às diferentes situações que a Administração Pública vivencia.

Diante deste cenário, se fez oportuna uma espécie de “experimentação legislativa” trazida pelo Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que, de acordo com Marçal Justen Filho⁵, visa à implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório. Esta solução se tornou interessante na medida em que não se revogou o sistema antigo, criando-se uma sistemática que convive com a anterior para um contexto específico, trazendo uma migração para um novo modelo de forma controlada sem trazer consigo uma ruptura radical e abrupta com o regime vigente.

⁴ A Lei nº 8.666/93 já foi alterada através das Leis nºs 8.883/94, 9.032/95, 9.648/98, 10.438/02, 10.973/04, 11.079/04, 11.107/05, 11.196/05, 11.445/07, 11.481/07, 11.484/07, 11.763/08, 11.783/08, 11.952/09, 12.188/10, 12.349/10 e 12.440/11

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*, 2013. p.15

O sistema licitatório trazido pela Lei nº 8.666/93 e o implantado pelo RDC convivem no ordenamento jurídico, não tendo a Lei nº 12.462 revogado diplomas anteriores que versam sobre contratação e licitação pública, continuando inclusive alguns temas a serem disciplinados exclusivamente pela Lei nº 8.666/93, a exemplo da disciplina dos requisitos de habilitação. Tem-se então grande oportunidade para se construir um novo modelo a partir da observação da aplicação prática da nova legislação, não obrigatória e de aplicação limitada, de onde se pode observar as limitações existentes e, conseqüentemente, propor soluções não previstas na etapa legislativa, constituindo importante laboratório para a elaboração de normas que incorporem os resultados desta experiência. A experimentação legislativa conduzirá à sobrevivência do regime mais satisfatório às necessidades públicas. Caso bem sucedida a aplicação do RDC, normas com origem no regime trazido pela Lei nº 12.462, somados aos resultados de sua experiência concreta, tendem a substituir a disciplina anterior trazida pela Lei nº 8.666/93.

2. ASPECTOS GERAIS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

2.1. Pressupostos e hipóteses de aplicação

A utilização do Regime Diferenciado de Contratações é possível somente caso se preencha determinados pressupostos constantes de rol exaustivo presente no art. 1º da Lei nº 12.462, sendo sua utilização facultativa e, portanto, passível de ser utilizada de acordo com a discricionariedade do gestor público. O não enquadramento de uma licitação nos pressupostos acima relacionados veda a adoção do RDC. Por outro lado, o enquadramento do caso concreto nas hipóteses da lei torna a sua utilização possível, porém não obrigatória. Pode-se verificar que estas hipóteses davam a entender que o RDC fosse uma solução temporária, com aplicação restrita aos eventos esportivos com marco temporal definido, e que naturalmente desapareceria com o fim destes. Porém, com o tempo foram incluídos novos incisos ao art.1º, ampliando as hipóteses de aplicação do Regime Diferenciado e eliminando esta delimitação temporal de sua

aplicação, transformando sua natureza e trazendo à tona a discussão se o novo regime vem, aos poucos, a substituir o regime tradicional trazido pela Lei nº 8.666/93.

O Regime Diferenciado tem aplicação precípua a licitações, deixando a disciplina contratual em segundo plano. Já suas regras para a fase preparatória da licitação anterior à elaboração do edital se fazem importantes, uma vez que devem ser obedecidas no caso de contratação direta, a exemplo de uma contratação integrada que não admite licitação, que encontrará suporte na Lei nº 12.462 no caso do preenchimento dos pressupostos do art. 1º.

Há que se ressaltar que o RDC pode ser aplicado pelos diversos entes federativos, embora se vislumbre uma maior aplicação pela União.

Transcrevendo o art. 1º da referida lei, temos:

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)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

§ 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.

§ 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.

§ 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)

Pode-se verificar o rol exaustivo de situações nas quais se pode utilizar o RDC para disciplinar a licitação e a contratação necessárias:

Serviços e compras necessários aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 (inciso D), desde que constantes da Carteira de Projetos Olímpicos, constituída, de acordo com a Lei nº 12.396, de conjunto de obras e serviços selecionados pela Autoridade Pública Olímpica - APO como essenciais à realização dos Jogos.

Serviços e compras necessários à realização da **Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014 (inciso II)**, competições de futebol organizadas pela “Fédération Internationale de Football Association” - FIFA , definidos pelo Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA, no caso de obras públicas restringindo-se às constantes da matriz de responsabilidade celebrada entre os entes federativos, que trata das obras prioritárias de infraestrutura das 12 cidades-sede, a exemplo de aeroportos, obras de mobilidade urbana, estádios etc. Pode-se depreender do inciso II do art. 2º da lei que os demais contratos pertinentes aos referidos eventos podem ser subordinados ao RDC sem estarem inclusos na matriz de responsabilidades, desde que haja manifestação do GECOPA⁶ de que estes contratos sejam imprescindíveis à realização dos eventos.

⁶ O grupo executivo GECOPA, coordenado pelo representante do Ministério do Esporte e formado por membros representantes da Casa Civil da Presidência da República e de vários ministérios conta com equipe constituída pela Advocacia Geral da União - AGU que presta auxílio jurídico aos órgãos e entidades que executaram o Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014.

Contratos para obras de infraestrutura e de serviços para aeroportos das capitais dos estados distantes em até 350 km das cidades-sede dos eventos referidos anteriormente (inciso III), presentes nos dois primeiros incisos, previsão esta presente na lei, uma vez que se supõe a utilização de aeroportos próximos para os deslocamentos de pessoas e bens, utilizando-se critério puramente geográfico, não sendo necessário então que estas obras estejam na matriz de responsabilidades ou sejam classificadas como projeto olímpico.

Contratações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC (inciso IV), previsão esta incluída no art. 1º pela Lei nº 12.688/2012, o que, como dito acima, promoveu uma mudança radical no RDC, modificando sua natureza temporária. O PAC é um programa de governo criado em 2007 através do Decreto Federal nº 6.025, que, de acordo com seu art. 1º, é "constituído de medidas de estímulo ao investimento privado, ampliação dos investimentos públicos em infraestrutura e voltadas à melhoria da qualidade do gasto público e ao controle da expansão dos gastos correntes no âmbito da Administração Pública Federal." De acordo com a redação da Lei nº 12.462, as contratações pertinentes ao PAC podem ser subordinadas ao RDC, não se restringindo somente às obras de infraestrutura.

Contratações de engenharia para o Sistema Único de Saúde, construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e sistemas públicos de ensino (incisos V e VI e § 3º, respectivamente), mais três hipóteses que expressam a tendência de generalização do RDC trazidas pelas Leis nºs 12.745 e 12.722, de 2012, e 12.980, de 2014, que limitam o pressuposto de aplicação do regime às contratações de obras e serviços de engenharia, não abrigando outras espécies de compras, que continuarão a ser submetidas ao regime comum da Lei nº 8.666/93. As leis não trouxeram nenhuma exigência formal ou temporal para a aplicação do RDC nestes casos; logo, infere-se que a modificação pode ser aplicada para obras e serviços de engenharia para o SUS, sistema público de ensino e sistema penal em todos os entes federativos, bastando ser pertinentes a estes.

2.2. Objetivos

O art. 1º da Lei do RDC traz os objetivos do regime em seu § 1º, que se traduzem nos fins buscados especificamente no âmbito do RDC, pelo qual toda e qualquer licitação que utilize o novo regime deve obrigatoriamente orientar-se para a realização destes objetivos, não se admitindo qualquer ato concreto que se mostre contrário a estes. Traduz-se em verdadeiro dever da autoridade administrativa em realizá-los, afastando qualquer margem de discricionariedade em se adotar medidas concretas que não sejam aptas a prover a concretização dos objetivos. Envolve inovações em relação à disciplina geral contida nas leis anteriores, apesar de ter também, como finalidades, as já inerentes à atividade licitatória, como a busca pela eficiência, a promoção da competitividade, o asseguramento da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, dentre outras, aplicando-se ao RDC as finalidades da licitação do regime comum.

A distinção com o regime tradicional não reside nas finalidades que dirigem a Lei n.º 12.462, e sim em como atingi-las. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “o RDC é uma solução técnico-jurídica diferenciada para promover fins buscados em todo e qualquer procedimento de contratação administrativa”⁷. Para o autor, a inovação contemplada no RDC reflete a intenção de obter resultados específicos e diferenciados, que não eram satisfatoriamente realizados na aplicação dos regimes licitatórios anteriores.

O primeiro objetivo trazido pela lei em seu art. 1º, § 1º, inciso I, é a **ampliação da eficiência administrativa e da competitividade entre os licitantes**. Como ampliação da eficiência, entende-se que se deve realizar uma elevação no nível qualitativo de desempenho administrativo comparado ao exigido pela legislação anterior, uma vez que esta não assegurava satisfatoriamente a eficiência administrativa. A promoção da eficiência pode-se traduzir na redução de custos administrativos (custos indiretos, envolvendo pessoal, insumos etc.), redução de tempo (pretende-se que a licitação se desenvolva em tempo inferior comparado ao regime tradicional) e ampliação de vantagens (a avaliação econômica deve ser realizada em face de todos os aspectos, a exemplo da manutenção, que pode ser utilizada como parâmetro para se estabelecer o menor preço). Este aumento de eficiência não deve ser aferido apenas em curto prazo, e sua avaliação deve ser aferida segundo critérios objetivos.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p.39

A ampliação da competitividade trazida pelo mesmo inciso tem íntima relação com a ampliação da eficiência, não causando estranheza, portanto, o fato de estarem juntas no mesmo dispositivo legal. Uma maior competição entre os licitantes, integrantes da iniciativa privada e que trazem maior conhecimento sobre o objeto a ser licitado que a Administração Pública, é instrumento importantíssimo para a obtenção da melhor solução, uma vez que se promove a escolha desta mediante o embate das experiências anteriores, conhecimentos práticos e teóricos, além de recursos econômicos. Ou seja, a realização do objetivo do particular em licitar (o lucro) vai ao encontro do objetivo da Administração em obter a solução mais vantajosa possível, uma vez que aquele deverá formular a melhor proposta possível com a menor vantagem possível para si para consagrar-se vencedor do certame. Sem competição não se limita o ganho a ser obtido pelo particular, além deste não se interessar em oferecer a melhor solução técnica para a necessidade da Administração. A competição promove a oferta pelos licitantes da solução mais eficiente, podendo esta ter sido ou não identificada pelo Poder Público. Deve-se buscar uma competitividade justa e equilibrada, através da observância de regras mínimas e o preenchimento de exigências indispensáveis a prevenir riscos de condutas indesejáveis por parte dos licitantes, sempre com foco na proporcionalidade dos requisitos e limites, não sendo válidas exigências ou restrições inadequadas e desnecessárias.

O segundo objetivo (inciso II) consiste na **troca de experiências e tecnologias**, a fim de promover maior eficiência e qualidade nas contratações do Poder Público. É fato notório a segregação entre os diversos órgãos administrativos, que guardam para si as experiências positivas e negativas com contratações públicas, além de boas práticas desenvolvidas internamente, não se compartilhando com os demais as conquistas alcançadas. Desta forma, este objetivo tem como perspectiva a troca de experiências para que dificuldades comuns sejam combatidas em conjunto, e que boas práticas sejam difundidas, o que traz inegável avanço na condução das contratações públicas.

Já como terceiro objetivo (inciso III), temos o **incentivo à inovação tecnológica**, que deve ser entendida do ponto de vista interno, com a promoção da inovação tecnológica da

atividade administrativa, e sob o ponto de vista externo como a promoção do desenvolvimento tecnológico da iniciativa privada⁸.

Finalmente tem-se o quarto objetivo (inciso IV), que é **a promoção da isonomia e da vantajosidade**. Com este objetivo, pode-se depreender que a promoção dos demais objetivos não autoriza a mitigação da isonomia, nem autoriza contratações destituídas de vantajosidade para a Administração Pública.

2.3. O RDC e os princípios norteadores do procedimento licitatório

A lei que trouxe o Regime Diferenciado de Contratações ao ordenamento jurídico brasileiro apresenta em seu art. 3º diversos princípios com grande semelhança aos já trazidos pela Lei n.º 8.666 e demais leis que versam sobre procedimento licitatório e contratações públicas. Os princípios são idênticos, com as diferenças relacionando-se basicamente às soluções técnicas licitatórias. Uma diferença que pode ser apontada é que os princípios presentes no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 referem-se à licitação, enquanto que os presentes no art.3º da Lei n.º 12.462/11 disciplinam tanto a licitação quanto os contratos administrativos. Tal diferença pode, à primeira vista, ser vista como irrelevante, porém a inclusão dos contratos administrativos pela Lei do RDC mostra vontade legislativa no sentido de garantir que a atividade administrativa envolvida no processo licitatório produza resultados concretos mais satisfatórios à sociedade brasileira, uma vez que é o contrato e sua execução que trazem benefícios para todos, e não o meio para se conseguir este produto - o procedimento licitatório isolado, que por si só não produz efeito algum de satisfação dos interesses públicos ou privados.

O art. 3º traz um rol de princípios que devem ser compatibilizados por meio da proporcionalidade (ou razoabilidade), que rege a realização conjunta, harmônica e concomitante destes, e que se desenvolve sob três elementos: a) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de idoneidade ou adequação); b) a medida deve ser necessária, ou seja, não existe medida menos restritiva disponível (elemento de necessidade); e

⁸ Conforme lecionam Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Polucci Nogueira Bicalho, "sua previsão no âmbito do RDC ratifica o esforço estatal e legislativo na busca da autossustentabilidade tecnológica e industrial do país, (...) a propósito do Programa Complexo Industrial da Saúde, cujo objetivo é capacitar laboratórios públicos nacionais a produzirem os medicamentos considerados essenciais pelo Ministério da Saúde (...)"(MOTTA e BICALHO, 2012 p.74)

c) as restrições decorrentes da medida devem ser proporcionais ao objetivo (elemento da proporcionalidade *strictu sensu*). Apesar do princípio da proporcionalidade não estar explícito no texto constitucional nem na Lei do RDC, não se pode olvidar de sua importância, sendo princípio instrumental que norteia e controla a aplicação e a interpretação do Direito, trazendo como consequência a supremacia dos valores e princípios fundamentais.

Pode-se afirmar que o procedimento licitatório objetiva a seleção de proposta de contratação de um particular pela Administração Pública, orientado à consecução de duas finalidades essenciais: a concretização do princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa. Daí retira-se a grande importância da isonomia e da eficiência econômica.

A isonomia, ou igualdade, está prevista em vários dispositivos da Constituição Federal, a exemplo do art. 5º, *caput*, e do art. 19, inciso III, com previsão específica de sua aplicação, no âmbito das licitações, no art. 37 inciso XXI. A isonomia se faz de grande importância na contratação de terceiros pela Administração Pública, devido à sua finalidade de evitar a discriminação arbitrária produto de preferências pessoais do administrador, sendo a licitação instrumento para se concretizá-la. Traduz-se no tratamento igual para situações iguais, e na distinção na medida das diferenças, o que traz a noção de que nem todas as discriminações acabarão por ferir a isonomia, uma vez que o ordenamento jurídico as admite desde que sejam adequadas e necessárias a obter um resultado compatível com os valores tutelados por este. Há que se lembrar de que estas discriminações devem ser de ordem objetiva, devem ser jurídicas, devem ter um critério proporcional, com adequação de fim e meio, e devem ser adequadas e necessárias em vista dos valores jurídicos.

A isonomia pode ser traduzida, na ótica da tutela aos interesses individuais dos particulares, como o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação administrativa, sendo vedada à Administração a escolha de um particular sem a observância do procedimento seletivo adequado e prévio com exigências objetivas e proporcionais. Já sob o enfoque da tutela aos interesses coletivos, configura-se como a multiplicação de ofertas e aprimoramento da competição entre os particulares, que como consequência produz contratações mais vantajosas à Administração, através da redução de preços e da elevação da qualidade.

No âmbito do RDC, em dois momentos a isonomia se mostra presente: na elaboração do ato convocatório e ao longo do procedimento licitatório. Na primeira fase, quando a Administração adota critérios de diferenciação para a convocação dos licitantes, dever-se-á

utilizar critérios compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio, sob o enfoque da proposta vantajosa e para utilização da licitação para promoção de finalidades sociais, a exemplo do tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte trazido pela Lei Complementar nº 123. Exemplos de violação da igualdade pelo instrumento convocatório são: discriminação desvinculada do objeto da licitação; exigência que não tem vínculo com vantagem para a Administração; imposição de requisitos desproporcionais etc. Já na segunda fase (fase externa do procedimento licitatório) exige-se o tratamento igualitário, na qual todos os participantes tenham tratamento isonômico.

A eficiência econômica se traduz na seleção da proposta mais vantajosa e na execução contratual norteada na eficiência e economicidade. Vantagem neste caso consiste na satisfação adequada do interesse público através da execução contratual, sendo que ela é maximizada quando se atinge a maior relação custo benefício, ou seja, o menor custo e maior benefício para a Administração. Pode ser observada sob o enfoque econômico, que desencadeará na avaliação da eficiência, uma vez que o Estado possui recursos limitados para a consecução de todas as suas necessidades, e desta forma, se mostra maior vantagem para o Estado quando a solução mostra maiores benefícios para a aplicação de seus recursos econômicos financeiros, onde a utilização mais eficiente de recursos para o atendimento de uma necessidade traz maiores possibilidades de outras necessidades terem recursos para serem satisfeitas. Porém o enfoque econômico não é o único possível, podendo-se vislumbrar também outros, como por exemplo, o enfoque na defesa do meio ambiente. Caso se tenham duas propostas com preços diversos para o atendimento de uma necessidade, e a de menor preço seja mais nociva à natureza, há de se pesar os valores envolvidos, justificando, por exemplo, a contratação com o participante que apresentou o maior preço desde que se mostre mais vantajosa do ponto de vista ecológico.

Tratando do rol de princípios expostos no art. 3º, temos primeiramente o da **legalidade**. Este princípio traz a noção de que o processo licitatório deve necessariamente se sujeitar ao ordenamento jurídico, vinculando o administrador ao conteúdo legal e ao ato convocatório. É vedado à autoridade administrativa adotar providências ou restrições sem autorização legal, não sendo suficiente somente a compatibilidade de seus atos com a ordem jurídica, mas necessitando de uma autorização legislativa específica, mesmo que implícita. Neste sentido, há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

3. A administração pública submete-se de forma rigorosa ao princípio da legalidade administrativa, não lhe sendo lícito entabular contrato administrativo sem observância das normas legais pertinentes com o objeto desta contratação, sob pena, inclusive, de nulidade do contrato. (...) “(REsp nº 769.878/MG, 2ª turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 6.9.2007, DJ de 26.9.2007)

Não há que se confundir a relevância do princípio da legalidade com a interpretação literal das normas como única possibilidade possível, nem de que toda e qualquer decisão acerca do processo licitatório se baseie em uma disposição legal explícita. A aplicação das normas em matéria de licitação envolve interpretação sistemática destas, sendo a interpretação literal ou gramatical apenas a primeira etapa. Nem se pode exigir que a lei dispusesse sobre todas as situações fáticas de forma detalhada, o que seria impossível. O que existem são leis que instituem competências vinculadas (a norma legal disciplina, mesmo que de modo implícito, a conduta a ser adotada pelo agente) ou discricionárias (existe uma margem de escolha para o agente na solução do caso concreto), sendo estas últimas predominantes na Lei nº 12.462, uma vez que o processo licitatório não poderia ser integralmente vinculado à lei, sob pena de inviabilizá-lo, já que seria impossível disciplinar todos os tipos de licitação previamente, atrapalhando inclusive o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Desta forma, se impõe limites gerais ao administrador, atribuindo-lhes competências para escolher dentro destes parâmetros previamente determinados.

Já o princípio da **impessoalidade** dita que todas as decisões relativas à licitação devem ser tomadas sem levar em consideração a identidade do particular ou a preferência subjetiva da autoridade responsável, sendo vedadas suas preferências ou reservas relacionadas à identidade ou atributos dos participantes da licitação ou contratados. O resultado do certame não pode se basear em características pessoais dos licitantes, a não ser que haja indicação em lei ou indicação no edital como necessidades para contratação.

Pode-se tomar como impessoal uma decisão que derive racionalmente de fatores alheios à vontade do tomador de decisões, ou seja, implica que a decisão independa da identidade deste, traduzindo-se em um julgamento imparcial, neutro e objetivo.

A **moralidade e a probidade administrativa** comportam tratamento conjunto, uma vez que se trata de conceitos complementares. Não apresentam conteúdo específico, não comportando desta forma exposição exaustiva acerca do assunto. Um entendimento que se pode

extrair da norma, segundo Marçal Justen Filho, é de que “a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade e que a execução do contrato seja realizada de acordo com a boa-fé.”⁹

Embora dito anteriormente que os conceitos sejam complementares, eles não se confundem, possuindo áreas divergentes de abrangência. A moralidade se assemelha à boa-fé, proibindo que a obtenção de vantagens seja oculta ou obtida mediante condutas reprováveis. Já a probidade é semelhante à honestidade, vedando a obtenção de benefícios pessoais ou para terceiros não autorizados pelo Direito. A proteção do interesse coletivo se faz mais importante que a obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração ou a satisfação de interesses particulares. O administrador deve agir sempre com lealdade com o interesse administrativo, não se permitindo que obtenha vantagens pessoais ou prejuízos a terceiros.

Os particulares também se submetem aos princípios da moralidade e da probidade, seja durante a licitação ou ao longo da execução contratual, promovendo uma disputa honesta através de uma postura moralmente correta.

A violação a estes princípios poderá acarretar a nulidade do ato ou procedimento, com a punição dos responsáveis. O Tribunal de Contas da União já recorreu a estes princípios, impondo decisão compatível com os postulados éticos, a exemplo da rejeição da possibilidade de que servidor da entidade que promove a licitação seja contratado por um licitante (Decisão nº133/1997, Plenário, rel. Min. Bento José Bulgarin), assim como o STJ, que reconheceu a invalidade de um contrato efetivado "com evidente atentado à moralidade administrativa" (REsp nº 14.868/RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 9.10.1997, DJ de 9.12.1997).

O **princípio da publicidade** tem como objetivo garantir a transparência e fomentar a participação da sociedade na atividade administrativa, uma vez que a Administração Pública está a serviço dos interesses coletivos e da promoção dos direitos fundamentais, tendo o dever de atuar de forma transparente e de levar à sociedade as informações, sendo a publicidade instrumento de participação democrática na formação das diretrizes da atuação estatal.

Em 18 de novembro de 2011 foi publicada a Lei nº 12.527, a Lei de Acesso à Informação, que regulamentou a garantia constitucional de acesso a informações trazidas pelos art. 5º, inciso XXXIII, art. 37, § 3º, II, e art. 216, § 2º, da Constituição Federal, regulamentando em nosso ordenamento importante garantia para dar maior efetividade ao princípio em estudo.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. 2013 p.63

A publicidade no universo da licitação pode ser verificada quando do amplo acesso dos interessados ao certame, tendo como consequência a ampla competição, quanto ao controle dos atos administrativos, pelo qual os cidadãos verificam a regularidade dos atos praticados, fiscalizando a atividade administrativa; A Administração possui o dever de não praticar atos sigilosos pertinentes à licitação e à contratação e de prestar informações a todos os cidadãos, independentemente de seu interesse particular no certame. Ressalta-se que apenas se admite restrição à publicidade quando as informações são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado (CF, art. 5º, XXXIII).

O **princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável** guarda estreita relação com a vantajosidade. Na concepção moderna de contratações públicas admite-se o atingimento de fins mediatos com o contrato administrativo, não só a satisfação de necessidades imediatas expressas na aquisição de bens e serviços. A relevância socioeconômica da contratação pública extrapola a simples finalidade da atividade contratual do Estado em atender suas necessidades administrativas, uma vez que o montante de recursos envolvido é grandioso, afetando a atividade econômica como um todo. Desta forma, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é fim mediato a ser obtido através das contratações públicas, compatibilizando o uso dos recursos econômicos com a preservação do equilíbrio ecológico, fomentando a iniciativa privada a se utilizar de meios e técnicas que envolvam não só a produção de riquezas, como também a preservação dos recursos.

O princípio da **vinculação ao ato convocatório** orienta que as escolhas realizadas pela Administração sejam de forma discricionária e autônoma relacionadas às condições da disputa antes do início da fase externa, que constarão do certame vinculam a autoridade e os participantes da licitação ao longo da licitação e da execução do contrato. Vale dizer, as escolhas, uma vez realizadas, exaurem a discricionariedade sobre as decisões adotadas. Caso a Administração deseje exercer esta faculdade mais uma vez, terá que refazer toda a licitação, ressalvadas inovações irrelevantes para a disputa.

Devido a isto, é essencial que a Administração defina de antemão os critérios de avaliação da vantagem de forma objetiva uma vez que, passado o momento inicial, não será possível a alteração sob pena de se violar também o princípio da isonomia.

O **princípio do julgamento objetivo** se integra ao da impessoalidade, isonomia, eficiência, moralidade e vinculação edital, significando que as decisões tomadas na licitação

devem resultar logicamente dos elementos objetivos existentes nela (como por exemplo, o edital), afastando decisões movidas por sentimento pessoal ou conveniência política.

2.4. Diretrizes do RDC

A lei do RDC, em seu art. 4º, traz um rol de diretrizes que deverão ser observadas pelas licitações e contratos. Há de se ressaltar que estas diretrizes não consistem em regras nem princípios jurídicos, indicando somente o direcionamento, a determinação de soluções a serem buscadas no desenvolvimento do procedimento licitatório pelo administrador. O elenco de critérios norteadores presentes no art. 4º traz finalidades e meios a serem observados quando do desenvolvimento da atividade administrativa, disciplinando a discricionariedade da Administração e limitando sua margem de autonomia. Deve-se lembrar de que existe uma flexibilidade administrativa no sentido de que os padrões do art. 4º podem ser afastados desde que exista razão para tal, corroborado por avaliações técnicas, científicas e econômicas, indo ao encontro do modelo normativo da Lei do RDC, contrário a soluções rígidas. A seguir, tecer-se-ão considerações acerca das diretrizes presentes no referido artigo da lei.

No inciso I, temos a diretriz da **padronização do objeto da contratação**, solução intimamente ligada com a eficiência econômica. Esta diretriz reitera a figura presente no art. 15, inciso I¹⁰, e se assemelha com a do art. 11¹¹, ambos da Lei nº 8.666/93. A padronização consiste em promover a uniformização do objeto de sucessivas contratações, o que reduz a complexidade na aquisição dada a grande oferta de alternativas no mercado, conseguida através da definição de características aceitáveis pela Administração. Como consequência, obtêm-se a aceitabilidade de propostas somente que tragam objetos com características compatíveis com a padronização, reduzindo o universo de competidores, o que resulta em restrição à competição e pode acarretar

¹⁰ Lei nº8.666/93, "Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas".

¹¹ Lei nº8.666/93, "Art.11. As Obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto quando o projeto-padrão não atender às condições peculiares do local ou às exigências específicas do empreendimento".

efeitos danosos. Desta forma, sua admissibilidade depende da comprovação de benefícios que superem estes efeitos, benefícios estes que podem ser de ordem técnica ou econômica.

A uniformização só traz benefícios quando existem contratações concomitantes ou sucessivas, não devendo falar-se nela quando de contratação única, uma vez que as vantagens técnicas e econômicas somente se verificam ao longo das diversas contratações. Quando da utilização da padronização, há que se avaliar os efeitos da padronização sobre a competição, levando em conta a dominação do mercado por poucos competidores, o que pode acarretar o aumento de preços e a redução de qualidade, além de se determinar prazo certo, devendo a Administração revogá-la ou anulá-la caso não seja mais interessante.

A **padronização de peças jurídicas** presente no inciso II reflete o desejo da Administração de se produzir instrumentos convocatórios padronizados, o que reduz os desgastes administrativos e acelera o trâmite das licitações, abarcando as experiências anteriores, elimina defeitos anteriores e aperfeiçoa as boas práticas. Pacificando controvérsias levantadas anteriormente, reduz os esforços em se produzir novas peças, já que se podem aproveitar as já existentes, e permite a homogeneização das contratações, tanto quanto ao objeto quanto às condições contratuais. A padronização não se confunde com a simples repetição da relação de peças pretéritas, mas consiste na adoção de modelos formalmente pela Administração.

O inciso III traz a diretriz da busca da **maior vantagem para a Administração Pública**, extirpando formalismos quanto à identificação da proposta mais vantajosa, uma vez que, mesmo que seja identificada a proposta de menor preço, este quesito não é suficiente para identificá-la como a mais vantajosa. Deve-se considerar todos os aspectos econômicos pertinentes, tratando-se assim de uma avaliação ampla e abrangente da vantajosidade das propostas. A avaliação da proposta mais vantajosa deve ter em vista os aspectos diretos e indiretos, inclusive com a definição da qualidade mínima aceitável. Somente será vantajosa a proposta que ofertar um objeto capaz de satisfazer as necessidades da Administração, uma vez que, por menor que seja o valor pago, a solução não será vantajosa caso não possua qualidade capaz de atender a estas necessidades.¹²

No quesito maior vantagem há de se observar também a depreciação e a vida útil do objeto a ser adquirido, os custos e benefícios indiretos, os custos de manutenção, o desfazimento

¹² Este é o entendimento também expresso em MOTTA e BICALHO.RDC: Contratações para as copas..., p.89

dos bens e serviços, as externalidades econômicas e a internalização dos custos e benefícios decorrentes do contrato.

A diretriz do inciso IV, **condições compatíveis com as do setor privado**, direciona a exploração dos recursos econômicos com o nível de eficiência equivalente ao da iniciativa privada, devendo a contratação administrativa contemplar condições de aquisição, seguros e de pagamentos compatíveis com as do setor privado, o que propicia a similitude de preços e condições de contratação.¹³ Esta diretriz já figurava como regramento na tradicional lei de licitações em seu Art. 15, inc.III.

A lei do RDC traz, no inciso V do art. 4º, a diretriz da utilização de **recursos disponíveis no local da execução**, possuindo a mesma orientação do art.12, IV, da Lei nº 8.666:

Art. 4o Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

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;

Uma crítica a ser feita referente à redação do dispositivo é que a solução não se baseia na planilha de custos, mas sim na proposta formulada pelo particular. Esta diretriz traz uma questão político-social que visa assegurar benefícios para a região onde o contrato é executado, apresentando também um viés econômico na preocupação na promoção de riqueza e crescimento dessas regiões, consistindo em verdadeira função indireta da contratação administrativa.

O dispositivo traz uma ressalva quanto à eficiência econômica, em situações nas quais a utilização dos recursos locais não será viável quando acarretar elevação nos custos.

¹³ Marçal Justen Filho (2013, p.86) ao discorrer sobre esta similitude diz que "a entidade administrativa deve orientar a modelagem contratual a obter vantagens econômicas efetivas, mesmo que isso signifique a redução de sua "supremacia jurídica". O incremento de poderes jurídicos em favor da entidade administrativa acarreta a elevação do preço a ser pago. Portanto, a Administração Pública apenas pode reservar-se os poderes jurídicos mínimos necessários à realização dos interesses coletivos. (...) tem o dever de adotar as condições de pagamento similares às do setor privado, inclusive para o efeito de pagamento do preço em momento anterior à execução do contrato.(...)Não existe cabimento na tese de que o interesse público exige o pagamento pelo sujeito administrativo apenas em momento à execução de prestação pelo particular.

A diretriz que consta do inciso VI traz a necessidade de se verificar na fase preparatória a vantagem no **parcelamento do objeto** em lotes distintos, o que gerará uma pluralidade de contratos ou a realização de um único contrato. O fracionamento do objeto amplia a competição, o que traz vantagens à Administração. Por outro lado, perde-se em efeito de escala, através da qual a ampliação da dimensão econômica do contrato viria a reduzir os custos, possibilitando um preço mais vantajoso caso não exista o parcelamento do objeto. Desta forma, há de se analisar as características do caso concreto para escolher a solução economicamente mais vantajosa, avaliando em tese as consequências do parcelamento para verificar os efeitos positivos e negativos, que deverão ser pesados. Não é cabível o parcelamento baseado em efeitos teóricos de ampliação de competição, nem, por outro lado, afirmar sem embasamento técnico que a dimensão de escala impede o fracionamento.

No § 1º do art. 4º da Lei do RDC encontram-se diretrizes destinadas às contratações, reiterando a vinculação da Administração Pública a outras normas, visando assegurar comportamentos que defendem valores não relacionados diretamente com o objeto.

No inciso I do referido parágrafo, há a preocupação com a **disposição final de resíduos sólidos**, a qual deve estar disciplinada em contrato, cabendo à Administração encontrar uma solução para o problema, a qual será adotada pelo particular. Já no inciso II traz a necessidade da execução contratual procurar **mitigar danos ao meio ambiente**, sempre que possível ponderando os valores e interesses envolvidos, buscando utilizar-se de solução que traga a menor nocividade possível, compatível com o desenvolvimento sustentável promovendo medidas de controle e compensação ambiental. O inciso III, por sua vez, recomenda a **escolha de soluções que proporcionem a redução do consumo de energia e de recursos naturais**.

É importante observar que o TCU tem recomendado anulação e responsabilização quando não se observam os estudos de impacto ambiental.¹⁴

Reitera-se que para todas as diretrizes relacionadas anteriormente há de se levar em consideração a eficiência econômica, onde a escolha da solução mais correta deverá ter em vista a relação custo-benefício.

A Administração deve avaliar os impactos de vizinhança, exigência trazida pelo inciso IV, uma vez que o Estado é fomentador do desenvolvimento da vida social, não podendo se omitir no planejamento urbano, o que exige o desenvolvimento de estudos técnicos que avaliem

¹⁴ TCU, Acórdãos nºs 10/2001, 963/2003, 1572/2003, 254/2004, 2219/2009, dentre outros

os efeitos potenciais das diversas soluções alternativas e a posterior escolha da solução que apresente uma ponderação das vantagens e dos efeitos potencialmente danosos.

O inciso V do § 1º, assim como o § 2º, trazem a necessidade da **proteção do patrimônio cultural¹⁵, histórico, arqueológico e imaterial**, pela qual se pretende assegurar a integridade e a preservação de bens cuja existência é relevante para a identidade nacional, competência de todos os entes da Federação.

Por sua vez, o inciso VI traz a necessidade de se adotar providências no sentido de **promover a acessibilidade para portadores de limitações**, indo ao encontro do art. 227, § 2º, da CF/88¹⁶. As soluções concretas a serem buscadas pelo administrador não foram relacionadas na lei, devendo-se então buscar a solução mais adequada ao caso concreto.

Finalmente, o § 2º traz a necessidade de adoção de medidas compensatórias no caso de "impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados (...) por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável", observando-se a proporcionalidade.

3. INOVAÇÕES E PECULIARIDADES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

A Lei nº 12.462/11 trouxe diversas inovações e peculiaridades frente à legislação vigente que trata de licitações. As inovações buscam imprimir máxima agilidade aos processos ao reduzir a burocracia envolvida nestes, a busca pela maior vantajosidade possível para a Administração Pública, buscando trazer maior precisão das propostas com os custos reais de mercado, aumentando a possibilidade de aquisição de produtos e serviços de maior qualidade, atendendo as necessidades peculiares das entidades públicas, transferindo para o particular que

¹⁵ Segundo o Art.216 da CF/88, "Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...)

¹⁶ Art. 227, §2º - A lei disporá de normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. O dispositivo foi regulamentado pela Lei nº10.098, que estabeleceu providências destinadas a assegurar o acesso de pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida a locais e prédios públicos.

tem maior conhecimento sobre as melhores soluções tecnológicas a concepção e execução de objetos complexos, remunerando de acordo com o desempenho o contratado, além de proporcionar diversas soluções ao Poder Público destinadas à condução do procedimento licitatório. Apesar disto, as inovações e peculiaridades trazidas pela nova legislação não estão a salvo de críticas, que, juntamente com as vantagens serão analisadas a seguir.

3.1. Sigilo de orçamento estimado

O sigilo de orçamento estimado trazido pelo art. 6º da Lei nº 12.462/11 é um dos temas mais controvertidos do RDC, tendo inclusive sido dado grande destaque, na mídia, a seu respeito.¹⁷ A compreensão deste ponto passa pela análise de sua ruptura (especificamente pelo § 3º) com o pressuposto tradicional trazido pela Lei nº 8.666/93, que consiste na publicação de orçamento estimado da contratação como informação imprescindível aos licitantes ao subsidiar a elaboração de suas propostas. Permanece a necessidade, porém, de divulgação do detalhamento dos quantitativos e demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

A disciplina do orçamento trazida pelo RDC traz diversas consequências para o tema. Primeiramente, na licitação tradicional, o orçamento estimado não se traveste de tanta importância, haja vista que tem a função de mostrar um possível descompasso entre a proposta e o orçamento elaborado, que pode ser saneado pelo particular através da correção de sua proposta ou apontamento de defeitos no orçamento. Já no contexto do RDC, o orçamento possui uma maior relevância, uma vez que se impõe como regra a invalidade das propostas que ultrapassem seu valor, exigindo uma maior precisão que reflita os custos reais de mercado levando-se em consideração as circunstâncias específicas da contratação.

Deverão ser levadas em consideração as decorrências jurídicas do sigilo do valor do orçamento estimado, a começar pela impossibilidade do apontamento de defeitos pelos interessados previamente, o que traz consequências na possibilidade da desclassificação das propostas por preço maior que o estimado, não podendo imputar ao particular concordância com

¹⁷ Exemplo desta exposição do tema sigilo do orçamento estimado trazido pelo RDC é trazido pela matéria intitulada "Câmara aprova sigilo de orçamentos para Copa", de autoria de José Ernesto Credendio e Maria Clara Cabral de 16 de junho de 2011, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1606201102.htm>> acessado em 01 de novembro de 2014

este valor. Devido a isto, a elaboração do orçamento estimado no âmbito do RDC está subordinada a disciplina muito mais severa, trazendo diversas dificuldades, que passam pela assimetria de informações com a iniciativa privada e a dificuldade em obter informações confiáveis.

Em segundo lugar existe a problemática da manutenção do sigilo, que demanda providências concretas rigorosas e eficazes a assegurar sua preservação, através das quais se deve garantir a ausência de qualquer possibilidade de acesso de terceiros ao valor do orçamento, como por exemplo, a contemplação em autos apartados dos procedimentos relativos ao orçamento e a dissociação de atividades e informações entre os agentes administrativos.

O sigilo do orçamento estimado foi consagrado pelo RDC fundado no incentivo à competitividade, onde os participantes deixariam de balizar seus preços no orçamento estimado, que por vezes traz valor superior ao possível, apresentando propostas condizentes com seus custos efetivos. Além disto, a desclassificação das propostas de valor acima ao estimado pelo orçamento prévio sigiloso estimularia os participantes a apresentar a menor proposta possível a ele. Este foi uma das motivações do Legislativo para a adoção de tal regramento, conforme se pode observar do parecer do Senado, de autoria do relator-revisor do Projeto de Lei de Conversão nº 17 de 2011, proveniente da MP nº527/11, que defende o sigilo de orçamento nos seguintes termos:

Em mercados cartelizados, é comum que os agentes econômicos combinem previamente como se comportarão nos certames. Eles dividem o mercado de obras públicas entre si, tornando a licitação um jogo de cartas marcadas, no qual os participantes do conluio já sabem de antemão qual deles irá vencer a disputa. Sabedor de que os outros licitantes irão ofertar a sua de modo que a margem de desconto em relação ao orçamento prévio da Administração seja mínima. Se o orçamento prévio não for divulgado, o cartel não saberá qual é o valor máximo que o Poder Público está disposto a pagar. Com isso, haverá um incentivo à redução dos preços, já que são desclassificadas as propostas em valor superior ao limite definido pela Administração. Como se vê, o sigilo do orçamento, longe de ser uma medida reprovável, como sugerido por setores da mídia, traduz-se em inegável avanço na legislação, constituindo prática recomendada pela OCDE e adotada pela legislação de diversos países, como a França e os Estados Unidos.¹⁸

¹⁸ Parecer do Plenário do Senado Federal sobre o PLV nº17 de 2011, proveniente da MO nº527 de 18.03.2011, de autoria do relator-revisor, Senador Inácio Arruda. Fonte: Senado Federal, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100923>, acessado em 10 de novembro de 2014

Estes pressupostos, entretanto, são de impossível comprovação prática, além de terem concepção questionável. Primeiramente, a tese que incentiva os licitantes a apresentar valores superiores devido à divulgação do orçamento estimativo não vai ao encontro da natureza competitiva do mercado, uma vez que os participantes não se disporiam a aumentar seu risco de derrota e, ao contrário, buscariam obter a vitória por meio da proposta mais vantajosa ao Poder Público. A hipótese trazida pela lei somente se tornaria realidade caso existisse conluio entre os participantes, uma vez que haveria combinação prévia de quem seria o vencedor na oportunidade, limitando-se as ofertas. Porém, nesta hipótese, de nada adiantaria o orçamento prévio estabelecido pela Administração, uma vez que o preço seria previamente combinado de modo a privilegiar o grupo de licitantes mal intencionados. Deste raciocínio depreende-se que a Lei do RDC reconhece como inevitável o acordo ilegal entre os participantes, e de acordo com Marçal Justen Filho, "a Administração renuncia à repressão deste tipo de conduta reprovável e apenas se satisfaz em obter um preço ao menos igual àquele constante do orçamento estimado."¹⁹

Outro argumento que pode ser trazido contrário à utilização do sigilo é a previsão pela Lei do RDC, trazida do pregão, da admissibilidade da competição direta entre os licitantes para se obter o menor preço possível após a apresentação das propostas escritas, ocasião na qual os participantes terão oportunidade de oferecer lances de valor mais reduzido, o que afasta o risco de conluio entre eles, trazendo uma contratação mais vantajosa possível à Administração. Esta possibilidade esvazia o possível problema trazido pela publicidade do valor do orçamento estimado, já que não se extingue a competição quando do atingimento deste valor.

Além disto, a comprovação da tese é problemática, uma vez que não está embasada em levantamentos científicos baseados na avaliação de casos concretos, com estudos estatísticos apropriados com margem de abrangência confiável. Desta forma, o legislador baseou-se apenas em uma opinião, dentre diversas equivalentes entre si.

Há ainda que se arguir a constitucionalidade da previsão legal do sigilo, que em princípio vai de encontro ao princípio da publicidade dos atos administrativos. Tal princípio só pode se excetuado quando existir previsão legal, necessária para o atingimento de certos fins, observando-se a manifestação da proporcionalidade-adequação. No caso em tela, pode-se afirmar que será constitucional o sigilo do valor do orçamento estimado quando a negativa do acesso à informação for apta a promover a ampliação da competitividade e, conseqüentemente, a

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. 2013 p.115

obtenção de propostas mais vantajosas, além de não trazer prejuízos a outros princípios e valores constitucionalmente protegidos. Desta forma, afastam-se outros dispositivos legais que disciplinam a publicidade e o sigilo no âmbito da Administração Pública, a exemplo da Lei nº 12.527²⁰.

O sigilo do orçamento não é de adoção compulsória. Retira-se do § 3º do art. 6º que a informação acerca de sua utilização ou não deverá vir expressa no edital, cabendo à Administração decidir num ou noutro sentido. Dever-se-á analisar o caso concreto para se optar, utilizando a motivação em qualquer um dos casos.

Não se pode olvidar dos potenciais efeitos danosos trazidos pelo sigilo do orçamento, uma vez que gera cenário propício à corrupção na medida em que o conhecimento acerca do valor (já que há a desclassificação de propostas de preço que o ultrapassa) traz um grande poder ao potencial interessado com más intenções, concedendo-lhe uma grande vantagem competitiva.

Concluindo, a solução trazida pelo RDC traz benefícios questionáveis, sem a comprovação devida, envolvendo responsabilidades e riscos para a Administração, que dificilmente consistirá em um bom custo-benefício. A Lei não disciplinou, também, as consequências no caso da violação do sigilo do orçamento, deixando lacuna legislativa quanto às possibilidades de sua ocorrência.

3.2. A autorização para exigências peculiares no caso de compras

O artigo 7º da Lei nº 12.462/2011 disciplina a autorização de exigências peculiares no caso de aquisição de bens pela Administração Pública, tratando em alguns casos de trazer para o arcabouço legal práticas usuais da atividade administrativa, e em outros de afastar orientações jurisprudenciais consolidadas.²¹

Estas exigências apresentam potencial efeito de restringir a competição, podendo ser utilizadas somente quando necessário para mitigar danos previsíveis aos interesses da

²⁰ A Lei nº12.527 de 18 de novembro de 2011 disciplina o acesso à informação

²¹ O Art.7º ora em estudo vai de encontro a reiteradas orientações do TCU, a exemplo do Acórdão nº1.008/2001, DOU 28 de abril de 2011:"Representação de licitante. Aquisição de toner para impressoras. Compra realizada de terceiro que não o fabricante original das impressoras às quais os cartuchos se destinavam. Conhecimento. Improcedência. 1. É vedada a inclusão de cláusula de preferência de marcas em processos licitatórios. 2. Em casos excepcionais, admite-se a indicação de marcas em procedimentos licitatórios, desde que a preferência encontre-se devidamente fundamentada técnica e juridicamente.

Administração (observando-se sempre a proporcionalidade), tendo caráter de excepcionalidade. Ressalta-se ainda que a adoção destas não tenha caráter obrigatório, e somente serão efetivas se forem disciplinadas exaustivamente no ato convocatório. Dever-se á ainda observar, além da proporcionalidade da adoção da medida, a menor lesividade possível e a adequação da exigência para os fins almejados pela Administração, devendo-se utilizar aquela que menos restrinja a competição e que menos encargos tragam para os potenciais interessados. Há que se evitar, ainda, restrições que acabem por trazer a inviabilidade da competição, além da motivação apropriada para a adoção da medida.

Começando pelo inciso I, tem-se a **indicação de marca e modelo**, restrição esta que somente é válida em hipóteses excepcionais. Esta exigência vai de encontro a um dos postulados fundamentais da contratação pública, portanto somente é admitida quando a seleção é fundada em critérios lógicos, econômicos, técnico-científicos que concluam que determinada marca ou modelo é o mais satisfatório para atender às necessidades administrativas. As três alíneas do primeiro inciso trazem as hipóteses nas quais a escolha administrativa é fundamentada em fatores objetivos, quais sejam a hipótese de padronização do objeto (alínea "a"), a hipótese da ausência de alternativa (alínea "b") e a hipótese da indicação de um parâmetro de utilidade da solução ou eleição de um padrão de qualidade mínima (alínea "c").

Já o inciso II traz a **exigência de amostra** que consiste no fornecimento por parte do licitante de exemplar fiel e preciso do objeto destinado a mostrar materialmente a identidade, os atributos e a qualidade da proposta ofertada. Como as demais exigências do artigo 7º, apresenta potencial efeito de restrição da competição, podendo elevar os custos econômicos (quando o valor unitário é relevante), gerar dificuldades técnicas aos licitantes, uma vez que se exige sua apresentação antes da formalização do contrato, o que gera a necessidade da antecipação das atividades pertinentes à prestação para a produção daquela amostra. Pode ocorrer também a ampliação da insegurança do procedimento licitatório, uma vez que a análise da amostra envolve margem de incerteza e indeterminação, produzindo efeito negativo à competição.

A amostra será apresentada somente pelo licitante que apresentou a melhor proposta, com a documentação de habilitação que atenda a todas as exigências da Administração, uma vez que não seria razoável exigir-se de todos os licitantes amostras das ofertas. Ressalta-se ainda que o ideal não é o fornecimento de uma só amostra para a verificação quando do procedimento licitatório, e sim de várias para que se possa verificar a regularidade das prestações executadas ao

longo da prestação contratual. Este entendimento é o mesmo de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que recomenda que "uma vez testada a amostra, sempre que possível deve ser ela guardada pela Administração para confronto de sua qualidade com a dos produtos que vierem a ser entregues".²²

No inciso III tem-se a solução da **exigência de certificação** do produto ou processo de fabricação, que consiste em uma declaração formal sobre a perfeição e aceitabilidade de um produto ou de um processo de fabricação de um produto, emitida por uma instituição pública ou privada especializada, não se configurando como um ato de direito público. Assim como as exigências anteriores, a exigência de certificação apresenta viés restritivo da competição, tendo caráter excepcional, acarretando a elevação do custo econômico (uma vez que a certificação é desenvolvida por instituição especializada privada que exige uma contraprestação pecuniária pelos seus serviços) e a elevação das dificuldades na participação (o cumprimento de exigências para a certificação dificilmente seria possível após a publicação do edital). Como vantagens, pode-se enumerar a dispensa da amostra e a redução dos custos de transação, redução dos encargos da autoridade julgadora e a simplificação do procedimento licitatório.

Finalmente, no inciso IV do art.7º disciplina-se a problemática em torno da **exigência da carta de solidariedade do fabricante**, que gerava dificuldades relevantes na prática administrativa. A carta de solidariedade consiste em um documento formal no qual o fabricante ou fornecedor de um produto expressa seu conhecimento e concordância acerca do cumprimento de proposta a ser oferecida por licitante, assumindo obrigação de executar o que estiver ao seu alcance para o adimplemento do contrato administrativo, constituindo vínculo de solidariedade. Esta solução é vantajosa para a Administração, uma vez que contratar com sujeito que não é produtor gera riscos adicionais (no caso de eventual inadimplemento poderá haver efeitos danosos), e como a margem de autonomia é reduzida, não pode exigir a negociação direta com eventuais fabricantes, devendo aceitar a proposta mais vantajosa.

A assunção de responsabilidade pelo fabricante, prática antes corriqueira que gerou grande controvérsia, reputada como ilegal por forte corrente jurisprudencial²³, foi permitida pela legislação do RDC, superando a controvérsia anterior. A carta de solidariedade não significa que

²² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Compras pelo sistema de registro de preços. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998. p.98-99.

²³ TCU, Decisão nº486/2000, Acórdão nºs 1.670/2003 e 1.676/2005 todos de Plenário, Acórdão 2.294/2007 - 1a Câmara, citados no Acórdão nº 1729/2008, Plenário, Ministro Relator Valmir Campelo. DOU, 22 de agosto de 2008

o fabricante se torna licitante; apenas tem o efeito de afastar o argumento do desconhecimento por parte do fabricante, além de firmar o compromisso formal de executar a prestação em favor do licitante visando assegurar a satisfação da obrigação por ele assumida. Não institui um vínculo de solidariedade técnico-jurídico entre o particular contratado e o fabricante, não se constituindo nem um consórcio nem uma subcontratação. Sua destinação a uma solução distinta, que gera a assunção pelo fabricante de obrigações indispensáveis à execução da contratação pelo beneficiário da carta.

A carta de solidariedade não se constitui em requisito da fase de habilitação, tratando-se de requisito de aceitabilidade da proposta. Cabe no caso de contratações com condições complexas e de execução problemática caso não seja fabricante do produto, a exemplo de quantitativos elevados, características peculiares, prazos exíguos dentre outras condições que tornem inviável o fornecimento por um comerciante comum.

3.3. A contratação integrada e seus principais aspectos

A Lei nº 12.462/11 traz em seu artigo 9º a solução da contratação integrada, que consiste em um contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia no qual a Administração, a partir de um anteprojeto de engenharia, contrata o particular que assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básico e executivo e, posteriormente, executar o objeto com fornecimento de materiais, equipamentos, insumos dentre outras coisas necessárias para a entrega do objeto em funcionamento, mediante remuneração dependente da operação em condições predeterminadas. O objeto da contratação integrada é de natureza complexa, vinculada ao desenvolvimento de certa atividade, não abrangendo somente obras e serviços, mas também montagem, testes e a pré-operação do empreendimento. Ressalta-se que pela inteligência do dispositivo legal, somente cabe o uso da contratação integrada caso a obra ou serviço for pressuposto e instrumento para o desempenho de atividades diferenciadas (a exemplo de estabelecimentos fabris, usinas de fabricação de energia, estabelecimentos prisionais, hospitalares, educacionais, etc.), não cabendo para contratos cujo objeto seja apenas obras ou serviços de engenharia. Como se pode observar, há grande semelhança com a empreitada

integral (ou contrato *turn key*), diferenciando-se desta por incumbir ao contratado a concepção da solução além da execução.

Diante da complexidade do objeto e das dificuldades existentes, a elaboração dos projetos básico e executivo é atribuída a um particular especializado, que terá responsabilidade sobre suas escolhas, assumindo os riscos pertinentes. Outra peculiaridade é a remuneração vinculada ao funcionamento adequado e compatível com os requisitos predeterminados. O funcionamento fora destes parâmetros autoriza a rejeição pela Administração, já que houve inadimplemento do contrato pelo particular. Isto configura uma obrigação de resultado, que deve ser remunerada tendo em vista os riscos previsíveis e encargos assumidos pelo particular.

Segundo Marçal Justen Filho, a "contratação integrada destina-se a ser adotada nos casos em que a complexidade técnica do objeto impede recorrer ao conhecimento assentado e exige atribuir ao particular contratado uma margem de autonomia adequada à concepção de soluções inovadoras, de modo a assegurar a obtenção de um resultado predeterminado."²⁴ A introdução da contratação integrada se deu devido ao reconhecimento da incapacidade dos modelos tradicionais de empreitada, essencialmente obrigações de meio, em proporcionar contratações adequadas a estes objetos complexos. Isto posto, não se pode concluir que a contratação integrada possa ser utilizada de forma indiscriminada nos casos que poderiam ser solucionadas utilizando-se de ferramentas tradicionais. Sua utilização há de ser motivada mediante, inclusive, a comprovação de seus pressupostos, somente sendo admitida quando técnica e economicamente justificada.

Ressalta-se ainda que se exija como pressupostos a ausência de soluções técnicas assentadas, exista a economicidade na transferência dos riscos para o particular, que deverão ser comprovadas, juntamente com a insuficiência dos modelos tradicionais e com a existência de objeto complexo, na fase interna da licitação. Não há que se falar na adoção da contratação integrada motivada simplesmente pela incapacidade administrativa de elaborar os projetos básico e executivo e executar os demais expedientes administrativos visando uma contratação adequada, tampouco por ser procedimento mais célere. A utilização desta solução acentua a responsabilidade do particular, aumentando os custos devido à locação dos riscos, devendo ser utilizada, então, somente quando estritamente necessário.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. 2013 p.188

A desnecessidade de elaboração de projetos básico e executivo não se traduz no afastamento da necessidade de uma suficiente descrição do objeto e determinação das obrigações das partes. O contrato deve ser minucioso e exaustivo quanto aos resultados esperados com a contratação, contemplando índices objetivos que permitam a avaliação do desempenho do contratado, uma vez que disto dependerá a remuneração dele. Não há impedimento de adoção de obrigações e meio, desde que não interfira na autonomia do particular quanto à assunção de riscos. Exemplo de obrigação de meio que possa ser adotada é a submissão prévia dos projetos à Administração para fins de aprovação, além da exigência de adoção de práticas ambientalmente sustentáveis quando da execução do empreendimento, dentre outras.

A contratação integrada traz consigo certos requisitos presentes nos §§ 2º e 3º do artigo 9º em estudo, como a presença de anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos pertinentes (Regulamento – Decreto nº 7.581/11, art. 74, *caput*) a exemplo do programa de necessidades, visão global dos investimentos, definição do nível de serviço desejado, atributos de qualidade, prazo de execução, estética do projeto arquitetônico, parâmetros de adequação a valores fundamentais etc. Além disto, há de acompanhar o anteprojeto um conjunto de documentos técnicos adicionais (Regulamento, art. 74, § 1º) dependendo do caso concreto, a exemplo da concepção clara da obra ou serviço, projetos anteriores ou estudos preliminares, levantamento topográfico, pareceres de sondagem e memoriais descritivos. Já a estimativa do valor da contratação traz dificuldades particulares, uma vez que não é precedida de um projeto básico, além de não haver parâmetros precisos para determinar os custos, baseando-se em elementos superficiais de cálculo, como os valores praticados pelo mercado, valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares, avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

Uma crítica que pode ser feita ao dispositivo legal é a ausência de previsão de disciplina pelo edital quanto à viabilidade e exequibilidade da proposta, uma vez que ao atribuir ao particular autonomia para conceber soluções, estas podem ser fantasiosas e tecnicamente impossíveis, envolvendo custos incompatíveis. Diante desta lacuna, o edital deve trazer exigência quanto à apresentação de documentação técnica por parte do particular que comprove a viabilidade e exequibilidade da proposta formulada, devendo-se ter muito mais cautela que nos casos que se utilizam dos regimes tradicionais de licitação.

3.4. A contratação com remuneração variável

O artigo 10 da Lei nº 12.462/11 trouxe uma novidade muito interessante e útil: a remuneração variável, que consiste no pagamento referente ao adimplemento de contratação de obras e serviços de acordo com o desempenho baseado em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega predeterminados no edital e contrato. Esta solução visa remunerar diferentemente, a depender dos variados níveis de satisfação do interesse administrativo, variando do mínimo aceitável ao nível ótimo, nos casos em que é possível esta mensuração, ou seja, quando uma prestação de qualidade superior satisfaz o interesse administrativo em maior grau que o de qualidade inferior, que continua apresentando vantajosidade, desde que acima de um nível mínimo.

Há a identificação do contrato com remuneração variável com o comum, uma vez que a Administração estabelece um padrão mínimo de qualidade aceitável. O que é adicional é o acordo no qual a superação da qualidade mínima atribuirá ao particular uma remuneração proporcional ao índice de qualidade atingido, ou seja, uma contrapartida devida a uma atuação superior ao exigível, tratando-se de claro incentivo a excelência, fomentando a busca por uma maior qualidade, e conseqüentemente por um maior benefício à Administração. A compensação econômica, além do caráter de prêmio, também tem caráter indenizatório, uma vez que o particular arca com maiores custos destinados ao atingimento de maior qualidade.

Como em hipóteses anteriores, a utilização da remuneração variável depende da presença de pressupostos, como a não essencialidade do nível superior ao mínimo contratual, a desnecessidade de um nível máximo de qualidade, a fixação de um nível mínimo de qualidade, a utilidade diferenciada do desempenho superior ao mínimo contratual, o vínculo de causalidade entre a conduta e o benefício e, por fim, a proporcionalidade entre a remuneração e o benefício. Ressalta-se que a remuneração variada não poderá violar a exigência de recursos orçamentários para a despesa.

A remuneração variável traz em sua concepção grande vantajosidade para a Administração e, por conseguinte, para toda a coletividade, uma vez que a qualidade superior desejável, cenário ótimo pretendido pela Administração, quando exigência intrínseca ao objeto sem permitir uma graduação, traz problemas em virtude das dificuldades técnicas, custos e carência de recursos públicos, o que impossibilita que a Administração imponha o atingimento

deste resultado, acarretando inclusive a redução da competição. Há a tradução, de forma precisa, da expressão segundo a qual o ótimo é inimigo do bom, uma vez que, como exposto, o comprometimento com o atingimento do resultado ótimo tem como consequência a situação de que a Administração não realiza sequer o bom.

A remuneração variável pode ser aplicada à contratação integrada, com parâmetros objetivos expressos no anteprojeto, para que se possa definir com precisão a qualidade mínima aceitável a os parâmetros de remuneração quanto ao desempenho superior. É oportuno ressaltar que a avaliação deste desempenho é de difícil implantação e aferição, trazendo a necessidade de um trabalho de grande rigor técnico como pressuposto da obtenção de resultados confiáveis.

O conjunto de interesses da Administração norteia a avaliação do desempenho do particular contratado, que por sua vez é parâmetro para a remuneração variável devida a ele. O artigo 10 traz um rol de ângulos de avaliação, segundo o qual a remuneração variável poderá ser estabelecida, que são: atingimento de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega. Cabe ressaltar que a elaboração satisfatória da metodologia de avaliação pressupõe a realização de um estudo prévio confiável e meios eficazes de pesquisas. A respeito destes critérios de avaliação, Maurício Portugal Ribeiro exemplifica:

Vale trazer alguns exemplos de indicadores de serviço para que nossa argumentação se faça mais clara: o assim chamado IRI, que é o índice de regularidade longitudinal, utilizado no setor rodoviário para medir o comprimento pelo pavimento de rodovias de qualidade contratualmente pactuada; ou a taxa de energia interrompida no setor elétrico, que é um indicador operacional da qualidade do serviço; ou a taxa de disponibilidade usada nos setores de telecomunicações e tecnologia da informação, que mede a disponibilidade do serviço e uma infraestrutura em determinado intervalo temporal; ou ainda o índice de rugosidade do pavimento, que é usado, também no setor rodoviário, para determinar se o pavimento tem condições de gerar o nível de atrito adequado (para evitar pavimentos escorregadios, que comprometem a segurança). Para cada um desses índices há uma metodologia e técnicas para sua aferição. Em regra, o contrato estabelece não só os indicadores a serem utilizados para a medida do desempenho do serviço, mas também o nível mínimo aceitável para cada índice, a metodologia e técnica para a mensuração desse índice e o procedimento para a sua aferição.²⁵

As metas são os fins a serem atingidos, estabelecendo relação entre um nível de desempenho e um cronograma. Padrões de qualidade consistem em atributo de composição,

²⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011 p.69-70

rendimento, vida útil etc., podendo referir-se ao objeto em si ou aos efeitos produzidos pela prestação. Não se pode confundir com o padrão de qualidade mínimo aceitável. Os padrões de qualidade que autorizam a remuneração variável devem elevar o nível de qualidade e propiciar algum benefício à Administração. Cabe aqui o comentário de Guilherme Reisdorfer, tecido em estudo acerca da contratação integrada no RDC:

Surge evidente, aqui, novamente a ênfase em relação mais aos fins e metas que devem ser atingidos pelo particular do que em relação aos meios. A remuneração variável vincula-se ao atingimento de certos resultados, na medida em que serve de estímulo para o particular contratado atingir certos padrões de qualidade previamente fixados. Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado apontam que se trata de tendência no ‘sentido de centrar atenção nos resultados, no output que o Poder Público deseja obter com a contratação. O objetivo é gerar o incentivo adequado para que o parceiro privado busque a forma e os meios mais eficientes para a prestação dos serviços.’(NR: RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – parceria público privada: fundamentos econômicos e jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2010, p.141). O particular levará em conta que o incremento de qualidade da prestação a ser entregue à Administração proporcionará um retorno maior.²⁶

Já os critérios de sustentabilidade ambiental são parâmetros objetivos destinados a avaliar o alinhamento da prestação executada com soluções ambientalmente adequadas, devendo proporcionar extraordinária compatibilidade com a sustentabilidade ambiental comparada a sua usual obrigação através de providências adicionais. Finalmente, quanto ao prazo de entrega, este consiste no adimplemento da prestação por parte do particular em prazo inferior ao contratual, antecipação esta apta a propiciar um benefício material objetivo ao poder público. Ressalta-se ainda que pode haver a cumulatividade destes aspectos de avaliação.

Cabe ao edital o estabelecimento de critérios objetivos de avaliação do desempenho superior ao padrão por parte do contratado que resultará no direito deste à remuneração adicional, devendo-se estabelecer critérios compatíveis e adequados à finalidade desejada, refletindo de modo adequado o interesse satisfeito pela prestação executada com padrão superior ao mínimo exigido. Também cabe ao edital a definição das demais regras necessárias à aplicação da solução de modo exaustivo.

²⁶ REISDOFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.55, set. 2011. Disponível em <www.justen.com.br/informativo> Acesso em 11 de novembro de 2014.

3.5. A substituição das modalidades de licitação da Lei nº8.666/93 por modos de disputa

O artigo 17 da Lei do RDC, juntamente com os artigos 15 a 24 de seu regulamento, dispôs sobre os modos de disputa. Inicialmente, ressalta-se a importância de não submeter o RDC ao modelo trazido pela Lei nº 8.666/93, não existindo vínculos entre os dois regimes. Devido a isto, não existem modalidades de licitação²⁷ no âmbito do RDC. A lei e o regulamento trouxeram em seu lugar os modos de disputa aberto e fechado.

A distinção básica entre os dois modos de disputa está na forma da apresentação das propostas. No modo aberto, o licitante apresenta sua proposta ao conhecimento público imediatamente, assemelhando-se à figura do pregão, enquanto no modo fechado a proposta é mantida em sigilo até o momento de sua divulgação, mantendo correspondência com o modelo procedimental da Lei nº 8.666/93. Outra diferença essencial é que no modo aberto há um regime de competição aberta similar ao existente no pregão, no qual a proposta inicial de cada licitante é sucedida de outras, enquanto no modo fechado somente se permite uma única proposta de cada licitante. No modo aberto existem duas etapas, a oferta inicial de cada licitante a fase competitiva que a segue, quando os licitantes tomam conhecimento das propostas dos demais e surge a oportunidade da formulação de lances públicos sucessivos, enquanto no modo fechado a disputa resume-se na formulação das propostas iniciais.

A escolha entre os modos deve ser feita tendo em vista as circunstâncias da contratação, cada uma possuindo vantagens e desvantagens. O modo aberto apresenta como vantagens o dinamismo da competição, com o aumento sucessivo da vantajosidade para a Administração. Em contrapartida, suas desvantagens residem na elevação de risco de apresentação de propostas inexequíveis ou redução da qualidade para possibilitar a redução do preço²⁸. Já o modo fechado

²⁷ Lei nº8.666/93, “Art.23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I – para obras e serviços de engenharia: a) convite – até R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).”

²⁸ Esta redução da qualidade como contrapartida para a redução do preço pelo licitante é chamada por Marçal Justen Filho (2013, p.317) de “mutação dinâmica da proposta”, resultando em oferta final com qualidade inferior a inicialmente proposta pelo licitante quando da oferta inicial.

impede a disputa direta entre os licitantes após a abertura das propostas; no entanto, aumenta a segurança para a Administração, ideal para contratações de objetos complexos. O regulamento também previu a combinação entre os modos em seu artigo 24, reconhecendo a insuficiência de ambos para abarcar todas as situações em concreto. Desta forma, possibilita-se um modo que se inicia em uma etapa fechada, seguida de uma etapa aberta, no qual após a apresentação das propostas pelos licitantes inicia-se uma etapa de disputa aberta composta por lances sucessivos, chamado de modo fechado-aberto. Este modo não apresenta diferenças relevantes com o modo aberto propriamente dito, somente que no modo combinado apenas os autores das três melhores propostas passam para a fase aberta (solução semelhante a do pregão presencial trazida pela Lei nº 10.520/2002) Além deste, há a previsão de um modo iniciado por uma etapa aberta seguida de uma etapa fechada, na qual os melhores classificados apresentam propostas finais, chamado de modo aberto-fechado. Este modo, por sua vez, traz como vantagem a possibilidade de se obter uma melhor competição inicial, permitindo ainda o reexame dos licitantes para que ao fim apresentem sua proposta final.

Além dos modos, existem as formas de licitação, presencial e eletrônica. Assim, perfazem oito possibilidades resultantes da combinação do modo com a forma. Há que se lembrar da possibilidade de inversão de fases trazida pelo parágrafo único do artigo 12, o que possibilita ainda mais variações. Torna-se evidente então a grande quantidade de soluções colocadas à disposição da Administração, cuja escolha dentre elas deve ser sempre adequadamente motivada em face das circunstâncias.

3.6. Os procedimentos auxiliares e a pré-qualificação permanente como uma das melhores inovações trazidas pela novel legislação

Os procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC estão previstos no artigo 29 da Lei nº 12.462, em seus quatro incisos²⁹, consistindo em procedimentos que são desenvolvidos pela Administração desvinculados de um processo licitatório específico, tendo seus resultados aproveitados por vários certames ou contratações. Alguns dos procedimentos em estudo já eram conhecidos e praticados na atividade administrativa, enquanto outros têm caráter

²⁹ Art.29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I - pré-qualificação permanente; II - cadastramento; III- sistema de registro de preços; e IV - catálogo eletrônico de padronização

de novidade, trazendo aperfeiçoamento relevante. Não têm como objetivo a satisfação direta de interesses administrativos, e sim a redução da complexidade e consequente aumento da dinamicidade dos procedimentos licitatórios, através da padronização e autonomia de atividades necessárias aos procedimentos. Desta forma, o procedimento auxiliar proporciona celeridade e eficiência, além de assegurar a seleção de proposta vantajosa, permitindo que o procedimento licitatório em si se desenvolva com muito mais velocidade, uma vez que os atos geradores de maiores controvérsias foram realizados no curso do procedimento auxiliar.

Não é demais ressaltar a importância da aplicação dos princípios e regras das licitações aos procedimentos auxiliares, já que estes trazem atos de caráter decisório e produzem efeitos em procedimentos posteriores destinados à seleção da proposta mais vantajosa ou ao aperfeiçoamento da contratação administrativa, sujeitando-se inclusive ao controle jurisdicional apropriado.

Pode-se apontar como vantagens comuns a todos os procedimentos auxiliares a produção de decisões aproveitáveis em procedimentos futuros; a redução da complexidade da atividade administrativa futura; a ausência de constrangimentos temporais; a redução da incerteza, tornando previsível a atuação da Administração no futuro e a eliminação do risco de decisões contraditórias. Como desvantagens potenciais, pode-se apontar o risco da obsolescência da decisão devido à perda da atualidade das informações, tendo os procedimentos auxiliares eficácia limitada no tempo; e o risco de inadequação do resultado, uma vez que os procedimentos auxiliares não são destinados a uma contratação em específico, tendo ao contrário caráter genérico, fazendo com que sejam ineficazes diante de uma contratação peculiar, por serem insuficientes ou inadequados frente a suas especificidades. Um problema que merece especial atenção é o referente ao risco de cartelização de contratações decorrente da adição dos procedimentos auxiliares, uma vez que há a restrição da competição em casos que só podem participar da licitação sujeitos que tiverem sido aprovados em procedimento licitatório anterior. Para reduzir este risco, é necessário que haja universalidade de acesso aos procedimentos auxiliares, tornando inafastável a possibilidade de adesão do particular interessado que cumpra os requisitos a qualquer tempo.

Os procedimentos do art. 29 não possuem caráter obrigatório; são alternativas postas a disposição do Poder Público.

A **pré-qualificação permanente** disciplinada no art. 30 consiste, segundo o doutrinador Marçal Justen Filho, em "uma das melhores inovações trazidas pela Lei nº 12.462(...)"³⁰. Algumas das soluções guardam semelhança com o modelo da tomada de preços trazido pela Lei nº 8.666; outras, porém, são inovadoras e permitem enfrentar alguns importantes problemas enfrentados pela Administração Pública.

Pode ser dividida em duas modalidades, a subjetiva que envolve a habilitação do potencial fornecedor, e a objetiva, referente à qualidade do bem. A pré-qualificação subjetiva tem como objetivo a identificação de fornecedores com condições de habilitação para futuras contratações. Já a objetiva destina-se à identificação de bens que satisfaçam as exigências técnicas e de qualidade da Administração. É cabível quando do fornecimento de bens, mesmo a hipótese de contrato de obras e serviços que o envolva.

A pré-qualificação pode ser conceituada como um ato administrativo que declara um particular detentor de requisitos determinados de qualificação técnica (pré-qualificação subjetiva) ou que declara um objeto detentor de qualidade mínima (pré-qualificação objetiva) que produzirá efeitos para procedimentos licitatórios e contratações futuras. Não tem caráter obrigatório, configurando um ônus para os particulares interessados em participar de licitações futuras.

A utilidade da pré-qualificação está na produção de uma única decisão administrativa que possuirá eficácia junto a futuras licitações. Desenvolve-se em procedimento autônomo, o que traz a vantagem da desnecessidade da verificação de requisitos de habilitação ou qualidade de um objeto no curso de um procedimento licitatório determinado. Produz efeitos para uma pluralidade de licitações e contratações futuras, o que implica em uma racionalização da atividade administrativa, ampliando sua eficácia e celeridade e reduzindo a burocracia. Pode-se trazer também a redução de custos para os particulares, que não necessitarão de arcar com despesas relativas à qualificação técnica ou qualidade mínima toda vez que participarem de um certame. Há a eliminação dos riscos de decisões contraditórias, uma vez que há uma única e prévia decisão que terá efeito sobre uma série de licitações e contratações futuras. Por fim, é útil ao trazer a obtenção de ofertas mais vantajosas, já que a redução da incerteza e da insegurança dos licitantes acarreta a redução dos custos de transação.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. 2013 p. 503

A disciplina da pré-qualificação cabe a cada entidade adotante, que definirá regras administrativas e os requisitos pertinentes, empregando um regulamento particular que refletirá os princípios e regras das licitações, mas sem trazer exigências excessivas ou desnecessárias.

Para se combater o risco de defasagem entre a pré-qualificação e a realidade dos fatos, o Regulamento, em seu art. 82, traz a validade máxima de um ano para a pré-qualificação permanente. Esta limitação também traz como efeito positivo o incentivo aos licitantes em manter as condições exigidas para a pré-qualificação. Não há empecilho de que haja atualização das condições desta, envolvendo, por exemplo, a ampliação dos requisitos técnicos.

É possível também a extinção por outros motivos que não o decurso do prazo, como a extinção devido fato superveniente e a com cunho sancionatório, especialmente vista no caso da extinção da pré-qualificação objetiva.

O art. 86 do Regulamento traz a possibilidade de a Administração realizar licitação limitada aos pré-qualificados, desde que motivadamente e com os quantitativos a serem contratados no período de doze meses expresso na convocação. Dever-se-á promover a publicidade ampla do registro cadastral dos pré-qualificados, além da possibilidade de inscrição permanente aos interessados, possuindo a unidade administrativa a responsabilidade da realização do chamamento público anual para atualização e da admissão de novos interessados.

Conforme já exposto, o dispositivo legal traz outros procedimentos auxiliares além da pré-qualificação, consistindo no cadastramento, do sistema de registro de preços e do catálogo eletrônico de padronização.

O **cadastramento** é largamente conhecido e praticado pela Administração Pública, sendo que inclusive o Regulamento Federal remete o tratamento da matéria ao Regulamento do SICAF³¹. Consiste em um banco de dados com informações sobre os requisitos de habilitação de potenciais fornecedores, que podem ser aproveitadas em diversas licitações, simplificando a atividade administrativa.

Já o **Sistema de Registro de Preços**, também já trazido por legislações anteriores, resulta de uma licitação em específico cujo resultado poderá ser utilizado em contratações futuras com condições pré-determinadas no instrumento convocatório, possuindo diversas vantagens ao propiciar obtenção de ganhos econômicos para a Administração Pública através da redução da

³¹ Decreto nº3.722/2001. Regulamenta o art.34 da Lei nº8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.”

burocracia (realização de uma única licitação), possibilidade de contratação imediata, conjugação de necessidades comuns de órgãos distintos, o que gera economia de escala e a variação de quantitativos, que possibilita a Administração realizar contratações com quantitativo específico em face da necessidade efetiva. Como desvantagens pode-se apontar a obsolescência dos dados do SRP, não refletindo a redução de preços com o passar do tempo, por exemplo, e a possibilidade de ausência de adequação do objeto em face de exigências peculiares. Observando o disposto no inciso I do art. 88 do Decreto nº 7.581/11, que normatiza o Sistema de Registro de Preços no âmbito do RDC – SRP/RDC³², observa-se a ampliação do rol de objetos que possam constar do Registro de Preços, não se limitando à aquisição de bens e de serviços comuns, como o disposto no art.15 da Lei nº 8.666 e jurisprudência consolidada do TCU, aplicando-se também à prestação de serviços, inclusive de engenharia.³³

Finalmente o **catálogo eletrônico de padronização** de compras, serviços e obras trazidos pelo art. 33, segundo sua redação “consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação”. A solução envolve a formulação de soluções homogêneas e padronizadas no que tange aos objetos a serem adquiridos pelo poder público, visando à simplificação e a redução de custos da atividade administrativa. Aplica-se a licitações de menor preço ou maior desconto, tendo caráter sugestivo. A padronização define requisitos mínimos de qualidade, não acarretando efeito restritivo da competição, uma vez que se estabelecem requisitos genéricos e abstratos que possam ser fornecidos por grande número de particulares.

³² Decreto nº7.581/2011. “Art.88 Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I – Sistema de Registro de Preços – SRP – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, a aquisição de bens, para contratações futuras;”

³³ Sobre a possibilidade de contratação apenas de serviços considerados comuns no âmbito da Lei nº8.666/93, tem-se o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão TCU 296/2007 – 2ª Câmara: “(...)acompanho o entendimento adotado na Decisão TCU/Plenário nº668/2005 pela possibilidade de utilização do SRP para a contratação de serviços comuns. Outrossim, reputo oportuno destacar a impossibilidade de utilização do SRP para a contratação de obras e serviços considerados não comuns, por falta de previsão legal, bem como a necessidade de serem atendidas as hipóteses previstas no art.2º do Decreto 3.391/2001, no caso de se adotar o referido procedimento.”

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou trazer as principais características, inovações e aspectos polêmicos do Regime Diferenciado de Contratações, que, com seus problemas e virtudes, vem aos poucos ampliando seu espaço de aplicação em razão da crescente necessidade da Administração Pública brasileira de conferir maior celeridade aos processos licitatórios.

As sucessivas alterações legislativas sofridas pela Lei nº 8.666/93, juntamente com as críticas a ela direcionadas, culminaram na necessidade de novos mecanismos licitatórios e contratuais, visando reverter a burocratização do processo licitatório existente, consequência do hiperformalismo. Ainda que a Lei nº 8.666/93 norteie as licitações e contratações públicas, a cada dia tem sua aplicabilidade diminuída em favor de sistemas que conferem uma maior agilidade e eficiência a este mister administrativo, mostrando clara tendência de sua substituição em favor destes, cenário no qual se destaca o RDC. Há que se ressaltar ainda o cenário da edição da Lei nº 12.462/2011, com a ocorrência de grandes eventos esportivos sediados pelo país juntamente com a pressão sofrida pelo Executivo federal devido à escassez de tempo para finalizar as obras necessárias através dos mecanismos tradicionais existentes, o que demandou regime específico com institutos que conferem celeridade.

O RDC responde a estes anseios, trazendo maiores eficiência, celeridade e competitividade com seus institutos, muitos deles semelhantes aos existentes no setor privado, a exemplo da utilização de contratação com remuneração variável, pré-qualificação permanente de licitantes e a adoção do orçamento sigiloso, formando um rol extenso de ferramentas à disposição da Administração Pública destinado à escolha da proposta mais vantajosa. Além disto, trouxe importantes diretrizes para os processos licitatórios por ele regidos, demonstrando preocupação com problemas atuais antes muitas vezes deixados em segundo plano pelo Estado em suas aquisições, a exemplo da preocupação com a disposição final de resíduos sólidos, mitigação de danos ao meio ambiente, escolha de soluções que proporcionem a redução do consumo de energia e de recursos naturais, proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e promoção da acessibilidade para portadores de limitações. Há de ser ressaltar também a nova sistemática trazida pela Lei nº 12.462/2011 para as contratações

públicas, tratando-se de modalidade licitatória única, afastando-se a divisão do procedimento em diversas modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 (convite, tomada de preços e concorrência), o que acaba por afastar inúmeras controvérsias acerca da modalidade adequada para determinada licitação, além de diminuir erros quando da realização de contratações públicas.

De um regime aplicável exclusivamente às aquisições e contratações necessárias a preparação dos eventos esportivos em tela, o que hoje se observa é a constante expansão da aplicabilidade do RDC através de sucessivas alterações legislativas, demonstrando a tendência de sua predominância em detrimento da lei tradicional de licitações. Os institutos benéficos trazidos pelo regime especial, que nasceu para ser aplicado apenas para certos projetos considerados merecedores de maior agilidade e eficiência, como exposto, devem ser aplicados em importantes setores da sociedade não abrangidos pela lei, aos quais também se justifica a extensão de seus benefícios, a exemplo de educação, saúde e segurança. ,

Acreditamos não ter havido até este momento tempo hábil para sua avaliação no plano prático, de modo a demonstrar cabalmente as vantagens e desvantagens do diploma legislativo. Passado, porém, o primeiro momento de perplexidade e de incredulidade diante de suas inovações, o ambiente administrativo é cada vez mais propício à sua aplicação, o que certamente ensejará no futuro sua ampliação às mais diversas necessidades de aquisições por parte do Poder Público. Corrobora esse entendimento o sucesso de sua aplicação neste curto espaço de tempo por algumas entidades públicas, a exemplo da Infraero, que conseguiu a redução do tempo necessário à contratação pela metade, além da obtenção de melhores preços.³⁴

Dessa forma, a discussão em torno do RDC deve ser a mais produtiva possível, o que permitirá que seus aplicadores, acadêmicos e legisladores contribuam para seu aperfeiçoamento, que por sua vez findará em importante etapa na modernização do procedimento licitatório, a exemplo da instituição da modalidade pregão instituída pela Lei nº 10.520/2002, cuja utilização, hoje, é a mais ampla e disseminada possível.

³⁴ Notícia veiculada no site de notícias da Câmara dos Deputados traz esta experiência positiva da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária em <
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/425714-OBRES-DA-INFRAERO-SAO-AS-PRIMEIRAS-A-USAR-O-RDC.html>> acessado em 13 de novembro de 2014

O acompanhamento dos resultados e problemas decorrentes da aplicação do novo regime, acompanhado de uma análise crítica e madura, traz uma oportunidade ímpar de modernização dos trâmites administrativos licitatórios e contratuais, que permitirá a superação de inúmeras manifestações críticas que a Lei nº 8.666/93 vem sofrendo ao longo do tempo, contribuindo sobremaneira para um melhor aproveitamento dos recursos do Estado, o que sem dúvida impacta positivamente a vida de todos os cidadãos brasileiros.

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 15 de setembro de 2014

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11 ; Decreto nº7.581/11): aspectos fundamentais*. 2.ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Compras pelo sistema de registro de preços*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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 20 de outubro de 2014.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº12.462/2011, Decreto nº7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum,2012.

REISDOFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.55, set. 2011. Disponível em <www.justen.com.br/informativo> Acesso em 11 de novembro de 2014.

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 02 de novembro de 2014

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

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 20 de outubro de 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e*

Talamini. Curitiba, n° 56, outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 11 de novembro de 2014.

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

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4 ed. rev.atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2.ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.