

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

PAULA ÂNGELA BRUNET FREITAS

**INOVAÇÕES E (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO – RDC: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E LICITAÇÕES
NOS GRANDES EVENTOS**

SOUSA

2015

PAULA ÂNGELA BRUNET FREITAS

**INOVAÇÕES E (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO – RDC: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E LICITAÇÕES NOS
GRANDES EVENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Jailton Macena de Araújo.

SOUSA

2015

XXXX

Freitas, Paula Ângela Brunet.

Inovações e (In) Constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação – RDC: Contratos Administrativos e Licitações nos Grandes Eventos / Paula Ângela Brunet Freitas. – Sousa, 2015.
64 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa: UFCG, 2015.

Curso: Direito.

Orientador: Jailton Macena de Araújo.

1. Licitação. 2. Eventos Esportivos Internacionais. 3. Regime diferenciado de contratações Públicas. 4. Lei Geral de Licitações e Contratos.

CDD: XXXX

PAULA ÂNGELA BRUNET FREITAS

**INOVAÇÕES E (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO – RDC: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E LICITAÇÕES NOS
GRANDES EVENTOS**

Data da defesa:

Banca Examinadora

Professor (a)

Professor (a)

Professor (a)

A Deus, meu Criador e Salvador.

Aos meus pais, pelo amor e confiança que depositam em mim.

Ao meu irmão, meu oposto mais semelhante.

Aos meus avós, fontes de carinho e sabedoria.

Aos meus tios, pelo incentivo e preocupação constante.

Aos amigos, por tornarem tudo mais leve.

Àqueles que nunca deixaram de torcer por mim e de comemorar cada vitória.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pelas promessas que em mim se cumprem e pelo socorro nos momentos de angústia. À minha mãe, Betânia, por ser o meu maior exemplo de determinação e ao meu pai, Karl, pelo carinho que lhe é peculiar; aos dois, por terem encorajado meus voos mais altos e arriscados. Ao meu irmão, de quem tanto cuido e me orgulho.

Aos meus tios Samara e Vivino por terem sido, também, meus pais. Pela grande contribuição que deram na minha formação como ser humano e pelos laços que não se desfizeram com a distância. Aos meus primos-irmãos Bruno, Juliana e Rafaela, pela convivência que me ensinou a admirar cada um de um jeito próprio. A tia Iris e tia Neide, com quem eu posso contar desde o meu nascimento e que me deram a ajuda necessária para que eu continuasse forte pelos caminhos que precisei seguir. Ao meu tio Fernando por ser meu torcedor incondicional, sempre proferindo sábias palavras de encorajamento.

Aos meus avós, que nunca se esqueceram de me colocar em suas preces e que se preocupam incessantemente comigo. A toda a minha família, que torce e vibra a cada vitória.

Àqueles que acompanharam de perto a minha trajetória. A Vitória Araújo, Thiago Estrela e Taíse Marques, que dividiram comigo os aprendizados da vida fora de casa, os bons e maus momentos, tornando-se essenciais a essa caminhada. A Acácio Neto, Filipe Nogueira e Ewerton Dourado, pela presença constante e pelas histórias que compartilhamos ao longo desses cinco anos. A Leonardo Ventura, Ariane Matos, Jeverson Freire, Marllon Oliveira, Hosana Capuxú, com os quais coleciono momentos memoráveis, que me proporcionam os mais largos e sinceros sorrisos. Ao meu eterno Grupo Azul, que será sempre motivo de orgulho, pelos aprendizados e amigos que conquistei; por ter me mostrado, na prática, o quanto os obstáculos parecem insignificantes diante do vigor para lutar pelos nossos objetivos.

Ao meu orientador Jailton Macena, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube e pelo empenho para que este trabalho fosse realizado da melhor maneira possível.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar o instituto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, disciplinado pela Lei n. 12.462 de 2011. O diploma legal em questão foi criado na intenção de viabilizar a realização, no Brasil, dos eventos esportivos internacionais (Copa do Mundo de 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016), tendo posteriormente sua abrangência ampliada. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, com o manejo dos procedimentos monográfico, através da particularização do tema e estatístico, na apresentação de dados relativos à eficácia do novo regime, pautado eminentemente na pesquisa documental indireta. A análise parte do comparativo do novo regime em relação à Lei Geral de Licitação e Contratos, a Lei n. 8.666 de 1993. Busca-se observar as alterações implementadas por tal diploma legal, as inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, seus princípios e os objetivos por ela traçados. Avalia-se ainda a questão da constitucionalidade da norma e da obediência às disposições constitucionais pelo diploma legal. Finalmente, passa-se a tratar dos resultados da aplicação do RDC quanto à celeridade e à redução dos custos na realização das licitações e contratos, discutindo os mecanismos mais relevantes para que sejam alcançados os seus objetivos. Discute-se, ainda, a possibilidade de o regime excepcional ter algumas suas disposições incorporadas à Lei Geral de Licitação em razão da sua eficácia na celebração de contratos pela Administração Pública.

Palavras-chave: Licitação. Eventos Esportivos Internacionais. Regime diferenciado de contratações Públicas. Lei Geral de Licitações e Contratos.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the institute of the unusual bidding process, which is disciplined by Law no. 12.462/11. The cited piece of legislation was created to improve the accomplishment, in Brazil, of the international sporting events, (2014 FIFA World Cup, 2016 Olympic and Paralympic Games) and was subsequently extended to be used in another kinds of public bids. To develop the work were used the deductive method, with the manage of statistic procedure, seen through the particularization of the subject, and monographic procedure, in the data presentations related to the efficacy of the new legal act, guided by indirect documentary research. It starts analyzing the unusual bidding process compared to the general law of bids and contracts, Law no. 8.666/93. This is an attempt at defining the significantly changes brought by this legal act to Brazilian legal order, the principles and objectives of the new system. It also assesses the question of the constitutionality and constitutional provisions of the legal rule. Finally, is time to deal with the results of using the unusual bidding process under approach of the faster and economic implementation of bids and public contracts, discussing more efficient mechanisms that could be used to reach the objectives defined by Law no. 12.462/11. It is argued, therefore, the possibility of the exceptional system have it legal provisions incorporated by the general bidding law, for reasons of effectiveness where contracts are concluded with the Brazilian public administration.

Keywords: Bidding. International Sporting Events. Unusual Bidding Process. General Bidding Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APO	Autoridade Pública Olímpica
Art.	Artigo
Atual	Atualizada
CF	Constituição Federal
DEM	Partido Democrata Brasileiro
ed.	edição
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
LNL	Lei Nacional de Licitação
MPF	Ministério Público Federal
MPV	Medida Provisória
p.	página
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PPS	Partido Popular Socialista
PSDB	Partido Social da Democracia Brasileira
RDC	Regime Diferenciado de Contratações Públicas
rev.	revisada
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
v.	volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC) - CONSIDERAÇÕES GERAIS	15
2.1 OBJETIVOS	15
2.2 PRINCÍPIOS.....	19
2.3 INOVAÇÕES	23
3 RESULTADOS DA APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)	28
3.2 QUANTO À REDUÇÃO DOS CUSTOS	33
3.3 A AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC).....	37
4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)	42
4.1 OBEDIÊNCIA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E O ELEVADO SUBJETIVISMO PROPORCIONADO AO PODER EXECUTIVO	43
4.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)	47
4.3 REFLEXOS DE UMA POSSÍVEL DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	51
4.4 A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DAS INOVAÇÕES POSITIVAS DO RDC À LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

Sabe-se que para que possa prestar os serviços públicos de modo a satisfazer o interesse da coletividade, a máquina administrativa deve, necessariamente, estabelecer contratos com terceiros. Ao contrário dos particulares que possuem liberdade para realizar seus contratos de acordo com a sua conveniência e vontade pessoal, devendo preocupar-se apenas em agir de forma não contrária à lei, a Administração Pública deve agir dentro do que a legislação autoriza.

Nesses casos, o administrador público não pode dispor dos bens e interesses da população da maneira que achar conveniente, devendo agir de acordo com os preceitos legais, notadamente com base em um dos princípios basilares do Direito Administrativo, qual seja, a indisponibilidade do interesse público, com o fito de proporcionar uma melhor realização do serviço, de maneira proba.

Nos casos em que há exigência legal da realização de processo licitatório, a administração deve buscar a proposta que traga mais vantagens à população, realizando um procedimento impessoal, tratando os licitantes de maneira isonômica e seguindo os demais princípios trazidos pela constituição, visando, sobretudo, o bem público, nos termos da Lei Lei 8.666/1993.

É fato que, em alguns casos, o processo licitatório, o qual é convencionado na Lei Geral de Licitações e Contratos, é bastante criterioso e demanda tempo para a sua realização. A partir desta problemática, nota-se que a Administração Pública sentiu a necessidade de simplificar tal procedimento, tendo em vista os prazos que precisavam ser cumpridos para que o Brasil estivesse preparado para sediar os grandes eventos internacionais que lhe foram atribuídos.

Em face disso e diante da necessidade de se acelerar esse processo, tendo em vista a iminência de eventos de porte internacional que exigiam uma maior fluidez das realizações de obras essenciais e sob o paradigma da eficiência administrativa, foi editada a Medida Provisória n. 527/2011, posteriormente convertida na Lei 12.462/2011, que simplificou tal processo, conferindo ao Poder Executivo o poder de escolha do regime jurídico sob o qual se dará a licitação, de acordo com o que achar mais oportuno e conveniente.

Nesse diapasão, registra-se que o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), que foi instituído através da conversão em lei da Medida Provisória citada alhures, possui a prerrogativa de promover uma maior eficiência na realização de contratos da administração

pública e diminuir seus prazos e custos. O legislador federal buscou, ao editar tal diploma legal, conferir eficiência e celeridade às contratações públicas, driblando os contratemplos, sem infringir as mencionadas leis em vigor que regiam as licitações, bem como a Constituição Federal.

O presente trabalho tomará como objeto o estudo dos contratos administrativos e processos licitatórios realizados nos ditames da Lei 12.462/2011, observando as inovações frente ao procedimento da Lei 8.666/1993 e a eficiência conferidas à atuação da Administração Pública pelo novo diploma legal. A pesquisa faz a opção pelo método dedutivo, no qual serão analisados e avaliados os resultados decorrentes da aplicação do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), bem como seus efeitos nas vias de atuação do administrador público e, ainda, seus reflexos na economia e na celeridade para firmar contratos a fim de obedecer aos prazos estabelecidos para a entrega das dos objetos contratados.

Com embasamento no método escolhido, a pesquisa caminhará no sentido de alcançar as finalidades idealizadas por meio de procedimentos como o comparativo, ao confrontar as normas relativas aos procedimentos licitatórios regulamentados pela Lei 12.462/2011 e pela Lei 8.666/1993, suas principais semelhanças e diferenças, em face da necessidade de se verificar a compatibilidade dos dispositivos entre si e, principalmente, daquele com a Constituição Federal.

O método estatístico, ao trazer dados relativos a eficácia do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) no tocante aos prazos para finalização do processo e ao aspecto financeiro. Como também o método monográfico, visualizado através da particularização do tema, observando-se a conjuntura do novo regime e enfatizando as alterações por ele trazidas, bem como seus resultados.

Em face do exposto, o presente trabalho trata desse novo regime de contratação, seus princípios e inovações dentro do ordenamento jurídico pátrio. Trata-se de um estudo acerca da constitucionalidade do novo regime de contratações públicas, sua obediência ao exposto na Lei maior, seu campo de incidência e sua efetividade, abordando as resultados efetivos alcançados pela Administração Pública ao realizar seus procedimentos licitatórios sob os ditames da Lei n. 12.462 de 2011.

Pretende-se, por sua vez, aprofundar o estudo acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, inicialmente, através da exposição dos objetivos da sua instituição, dos princípios que a regulamentam e as inovações que traz dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Serão discutidas ainda as críticas apresentadas ao novo regime, bem com a questão da

constitucionalidade de suas normas, utilizando-se como subsidio as posições adversas relacionadas à concordância do disposto na Lei n.12.462 de 2011 e a Constituição Federal de 1988.

Por fim, serão abordadas as benesses trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e que devem integrar-se à Lei Geral de Licitação, simplificando procedimentos inerentes às contratações necessárias à gestão da *res publica*.

2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC) - CONSIDERAÇÕES GERAIS

Decorrente da conversão da Medida Provisória nº 527 de 2011, a Lei 12.462/2011 institui o Regime Diferenciado de Contratações - RDC para as obras relativas à Copa das Confederações, Copa do Mundo, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil.

Os megaeventos citados alhures irrefutavelmente exigem numerosas obras de infraestrutura capazes de dar as condições necessárias e apropriadas à realização de competições de nível mundial. O governo brasileiro assumiu, então, a responsabilidade perante organismos internacionais de preparar o país para receber tais eventos dentro de um prazo previamente estabelecido.

A Lei 8.666/1993 caracteriza-se por ser bastante minuciosa e morosa em seus procedimentos, o que inviabilizaria o cumprimento dos prazos acordados em decorrência do processo custoso para a celebração de contratações públicas. Desse modo, com o intuito de driblar os obstáculos impostos pela Lei de Licitações, agilizando as contratações e a execução dos objetos em questão, tornou-se necessária a instituição do novo regime de contratação.

A necessidade de conclusão das obras em um espaço de tempo reduzido trouxe a simplificação de procedimentos e o cumprimento de metas público-privadas. Enfim, o novo diploma legal caracteriza-se pela flexibilização do procedimento licitatório a fim de que se evitem atrasos à realização dos eventos esportivos.

A nova modalidade de licitação, conhecida como Regime Diferenciado de Contratações – RDC nasce com o escopo de dar eficiência às contratações públicas e ampliar a competitividade entre os participantes do processo licitatório. Entra no ordenamento jurídico nacional como via alternativa para celebração de contratos e afasta por completo a aplicação da Lei 8.666/1993.

2.1 OBJETIVOS

A Constituição Federal estabeleceu a obrigatoriedade da realização de licitação para as contratações públicas em seu artigo 37, XXI, ressalvados os casos previstos em lei, que expressamente admitem a contratação direta. A Lei 8.666/1993, que veio com o intento de

regulamentar o artigo supracitado, estabelece regras gerais referentes às licitações e aos contratos administrativos no que tange as obras, serviços - inclusive àqueles relacionados à publicidade, alienações, compras e locações.

O artigo 1º da lei supracitada estabelece em seu parágrafo único que se subordinam ao seu regime, além dos órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em sua realização, a licitação submete-se não só aos princípios norteadores da Administração Pública, expressos no *caput* do art. 37 como, implicitamente, aos previstos em outros dispositivos constitucionais, além de ainda observar a princípios próprios, preconizados no art. 3º da própria lei 8.666/1993:

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

A licitação é classificada como uma atividade essencialmente administrativa. Conclui-se da leitura do artigo transcrito acima que é por intermédio do certame licitatório que a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o erário no que tange a contratação de serviços e aquisição bens. Segue o conceito de Meireles (1999, p. 246):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Percebe-se ao abordar a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) que antes mesmo da edição lei que institui Regime Diferenciado de Contratações – RDC, o legislador já havia se preocupado em elaborar diplomas legais com o intento de designar os procedimentos licitatórios. Tais diplomas foram criados como disciplinadores das chamadas Normas Gerais de Licitação e Contratação, editadas privativamente pela União, conforme disposto no artigo

22, XXVII, da Constituição Federal. Pode-se citar ainda a Lei 10.520/2002 – Lei do Pregão e a Lei 12.232/2009, que normatiza as contratações de serviços de publicidade.

Os dispositivos legais já citados ainda não foram capazes de atender às necessidades do administrador público, tendo em vista a preocupação da União em dar andamento, no menor tempo possível, a grande quantidade de processos de contratações públicas necessários ao atendimento das demandas os grandes eventos esportivos para que as obras pudessem ser iniciadas. Os entraves decorrentes do processo licitatório regulamentado pela Lei 8.666/1993 tornaram-se empecilhos para a consecução dos objetivos da administração pública no que diz respeito à entrega das obras destinadas aos grandes eventos esportivos dentro do prazo acordado com os organismos internacionais responsáveis pela realização dos mesmos.

Na busca por celeridade e eficiência às licitações voltadas para tais propósitos, acelerando tal procedimento, nasce a Lei nº 12.462/2011. A nova lei tem a função precípua de eliminar os obstáculos impostos pela Lei de Licitações, conferindo rapidez às contratações e às suas execuções. Em grande medida, essa redução do tempo decorre da inversão de fases (procedendo-se primeiro ao julgamento das propostas, e depois a análise dos documentos de habilitação), da unicidade recursal (junção em um só procedimento recursal dos recursos contra a decisão sobre a habilitação e contra o julgamento das propostas) e da possibilidade de licitar apenas com anteprojeto de engenharia, ao invés de projeto básico. (RIBEIRO; JÚNIOR; PRADO, 2012)

O Regime Diferenciado de Contratações – RDC apresenta-se como uma lei especial em relação à Lei 8.666/1993 e a Lei 10.520/2002. “Nesta condição de lei especial não revoga qualquer disposição das leis existentes, mas inovando o sistema jurídico, confere especial tratamento para as situações de fato que regula.” (FERREIRA; SANTOS, 2012)

Essencialmente, o motivo da criação do novo diploma está atrelado ao fato da Administração necessitar instrumentalizar-se com meios mais simplificados, céleres, econômicos e eficientes de celebrar contratos públicos, preocupando-se de forma específica em regulamentar a realização obras infraestruturais de valores vultosos voltadas aos eventos realizados no país. A lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC traz expressos os objetivos da sua criação no parágrafo 1º de seu artigo 1º, quais sejam:

§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.

O dispositivo citado alhures é taxativo ao elencar os objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, o qual não deixa de consagrar o dever de tratamento isonômico entre os licitantes e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, já expressos no texto constitucional e na Lei 8.666/1993.

Na proposta de aumentar a eficiência das contratações públicas, inclusive sob os aspectos ambiental e socioeconômico, e, aumentar a competitividade e melhorar a relação custo/benefício nessas contratações, o Administrador Público pretende diminuir as diferenças existentes entre contratações públicas e privadas no tocante à eficiência, preço, cumprimento de prazos, dentre outros requisitos.

Fixados os objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, o legislador passa então a tratar das diretrizes, ou seja, de traçar os caminhos que levam a consecução daqueles. Estas estão expressas no artigo 4º do diploma legal em estudo, quais sejam:

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

I- padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II- padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III- busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV- (Revogado)

IV- (Revogado)

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

V- utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI- parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

Finalmente, o tratamento prioritário dado à realização das obras em questão através da vinculação exclusiva do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC aos eventos relacionados à Copa das Confederações, Copa do Mundo, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil é um indicador da prioridade dada pelo Governo Federal à conclusão das mesmas

em tempo hábil. A Lei 12.462/2011 veio como catalisadora para que se alcançasse tal objetivo e sua adoção altera os aspectos mais complexos do procedimento comum de licitação; ou seja, aqueles que instituem procedimentos mais dificultosos e que, por consequência, exigem um maior lapso temporal para sua realização.

2.2 PRINCÍPIOS

Para aplicar seus recursos através da efetivação de despesas com aquisição de bens, serviços, recursos humanos, obras, entre outras atividades administrativas; a Administração Pública deve, necessariamente, submeter-se aos princípios administrativos.

Estes disciplinam a atividade do administrador, evitando a discricionariedade absoluta, pois o mesmo não deve dispor da *res publica* que maneiara a satisfazer seus próprios interesses. São estabelecidos limites ao poder-dever de governar para que se evitem os excessos e ilegalidades que desses possam decorrer. Para Maria Sílvia Zannela Di Pietro (1999, p. 294):

A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

A Constituição Federal, no *caput* do seu artigo 37 consagra alguns princípios norteadores da Administração Pública direta e indireta que devem ser seguidos, obrigatoriamente pelo administrador quando investido pela função pública. São eles os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A propósito, ainda no artigo 37, inciso XXI a Constituição Federal, dispõe que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Conclui-se que a licitação visa à obtenção de proposta mais vantajosa à Administração Pública na seara de suas contratações, possibilitando ampla concorrência e tratamento

isonômico aos licitantes no decorrer do processo, buscando atender de forma satisfatória ao interesse público e à legalidade. Nesse sentido, na Lei 8.666/1993, que regula licitações e contratos administrativos, destaca-se o artigo 3º, que traz à baila:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Apesar da opção pela da Lei 12.462/2011 no instrumento convocatório afastar as disposições da Lei 8.666/1993, a partir do artigo 3º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC percebemos semelhanças principiológicas entre o novo diploma e o instituidor do procedimento licitatório clássico. A partir dessa premissa pode-se aprofundar o estudo acerca dos princípios adotados pela própria lei, na intenção de que proporcionar o devido cumprimento do interesse público.

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

No que tange à atuação do Administrador Público, o princípio da Legalidade “constitui um das principais garantias de respeito aos direitos individuais” (DI PIETRO, 1999, p. 67). Manifesta-se através da proibição da prática de atos cuja previsão legal seja inexistente no ordenamento jurídico. O princípio Legalidade é correlato, na seara das contratações públicas, ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

O princípio da Moralidade remete a conceitos como probidade e boa fé do Administrador Público. Hely Lopes Meirelles leciona em sua obra que a moralidade é a conjunção da honestidade e do conveniente aos interesses gerais. É inquestionável que este é o princípio cujo descumprimento gera os maiores prejuízos ao país, por meio de ações cujos interesses sejam pessoais e que almejem favorecimentos ou até mesmo atuações desmedidas e prejudiciais de Agentes Públicos e particulares em detrimento da Administração e dos administrados. Em outras palavras, são os atos de corrupção, antagônicos à moralidade. (LEME, 2014)

Continuando pelo princípio da Isonomia, observa-se que este busca proporcionar a igualdade entre os participantes do certame, de forma que fica a Administração Pública

obrigada a tratar de forma semelhante os interessados em participar do procedimento quanto às condições necessárias à contratação. Ressalte-se que, no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, seu artigo 7º estabelece condições que podem caracterizar violações ao princípio da isonomia, quais sejam: a indicação de marcas ou modelos de bens, desde que haja formal justificativa que compreenda a necessidade de padronização do objeto; quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante, ou quando o bem poderá ser melhor identificado com a descrição de determinada marca ou modelo que servirão de referência.

Já o princípio da Impessoalidade está conexo aos princípios da moralidade e publicidade. “É o Princípio que sinaliza que a Administração jamais poderá praticar atos, cuja natureza tenha como escopo favorecimentos pessoais, subjetivos, ou qualquer outro objetivo próprio do agente ou do administrado”. (LEME, 2014)

O princípio da Publicidade institui que a atuação do Administrador Público deve obrigatoriamente ser transparente e visível aos administrados, assegurando aos interessados a possibilidade de fiscalizar a legalidade dos atos. Tal princípio apresenta divergências no que diz respeito ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, tendo em vista as distintas regras impostas pelo novo diploma em comparação às trazidas pela clássica Lei de Licitações, a exemplo do “sigilo de propostas”.

Ressalta-se que, de acordo com o disposto na Constituição Federal e na Lei n.º 8.666/1993, o Princípio da Publicidade possui exceções nos casos em que for necessário recair sigilo sobre o objeto da licitação, a fim de proporcionar a segurança do Estado e da sociedade. Todavia, estes preceitos não são seguidos em sua totalidade pela Lei 12.462/2011. Pode-se citar o artigo 6º da lei em estudo:

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

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

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

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

Do artigo citado alhures, observa-se em seu *caput* que é obrigatória a divulgação do orçamento previamente estimado apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, indo de encontro ao princípio da Publicidade. Ainda, no parágrafo §3º do mesmo artigo,

temos que caso não seja mencionado no instrumento convocatório, a denominada informação será tão somente disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno, não conferindo acesso aos administrados. Observam-se controvérsias entre o diploma legal em estudo e o princípio da Publicidade.

O princípio da Eficiência é um dos pilares do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Este busca a ampliação eficiência na celebração de contratos públicos e o aumento da competitividade entre os participantes do processo seletivo. A contratação integrada, a remuneração variável de acordo com o desempenho da contratada, por exemplo, são frutos do princípio da Eficiência.

O princípio da Probidade Administrativa leva em conta a honestidade, transparência e boa-fé que devem ser observados na atuação do agente público. Reflete-se na boa conduta do mesmo e está diretamente ligado ao princípio da moralidade. A não observância do princípio em questão pode vir a macular todo o processo licitatório. Já o princípio da Economicidade está atrelado à escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, de acordo com o disposto no edital de convocação do processo licitatório.

No que diz respeito ao princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável, já previsto constitucionalmente e na Lei de Licitações, este traz que compete ao Estado a proteção do meio ambiente como bem comum e a efetiva compensação de eventuais impactos sofridos por ele. Através da obediência a esse princípio, a Administração Pública pode exigir dos contratantes que estejam em absoluta regularidade junto aos Órgãos de Licenciamento Ambiental, inclusive como requisito para que se efetive a contratação. Busca-se minimizar os impactos ambientais que possam decorrer da realização da obra pública e tutelar o meio ambiente, tratando-o como um bem de absoluto interesse público e social. (LEME, 2014)

O princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, correlato à moralidade administrativa, estabelece que o procedimento licitatório deverá ser realizado nos ditames daquilo que foi estabelecido pelo edital de convocação do certame e este não poderá ser alterado até que esteja celebrado o contrato advindo de tal regime. Neste devem constar, obrigatoriamente, os critérios de aceitabilidade e julgamento das propostas, bem como as formas de execução do futuro contrato. Uma vez instituído, o edital torna-se a “lei” regulamentadora do procedimento licitatório e sua desobediência também agride os princípios da legalidade, moralidade e isonomia.

O Princípio da Celeridade foi consagrado pela Lei nº 10.520 de 2002 que instituiu o pregão e busca simplificar procedimentos, evitando os rigorismos excessivos da Lei Geral de Licitações e Contratos. O mesmo é um dos princípios basilares do RDC, que também possui o

escopo de burlar o excesso de formalidades desnecessárias que torna morosa a celebração de contratos pela Administração Pública.

Finalmente, de acordo com o Princípio do Julgamento Objetivo, o administrador público responsável por solucionar questões relacionadas ao procedimento licitatório deve observar o que foi definido no ato convocatório para o julgamento das propostas. Tal princípio tem o escopo de afastar a possibilidade de o julgador, ainda que em benefício da própria Administração, possa utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no edital de convocação para decidir acerca do procedimento.

2.3 INOVAÇÕES

Avaliar as inovações do Regime Diferenciado de Contratações, muito mais do que apontar as novidades que foram acrescentadas à ordem jurídica pela nova lei, é compreender a sistemática que foi inaugurada permitindo um entrelaçamento, fundado, principalmente, na eficiência administrativa que possibilita maior celeridade na execução de obras estruturantes responsáveis pelo desenvolvimento brasileiro.

Para que se possam compreender as alterações decorrentes da entrada em vigência da Lei 12.462/2011, deve-se observar que foram previstos diversos dispositivos que remetem a Lei 8.666/1993. De início, citando mais uma vez o artigo 1º da lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC tem-se “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”.

Com relação ao dispositivo supracitado, ressalta-se que é uma faculdade da administração pública adotar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC para a realização de licitações ligadas aos eventos esportivos, todavia a opção necessariamente deve estar expressa no edital de convocação, em obediência ao princípio constitucional da publicidade. No caso de não opção pela utilização do RDC a modalidade de licitação deverá ser a concorrência pública, pois se trata de contratação de grande vulto.

Constam, ainda, no diploma legal, várias outras remissões à Lei de Licitações, a exemplo de temas como: habilitação (art. 14), critérios de desempate (art. 25, inc. III), regras sobre dispensa e inexigibilidade de licitações (art's. 35 e 41), preferências a bens e serviços nacionais (art. 38, II), regime de contrato (art. 39), prazo do contrato (art. 43), regras sobre

anulação e revogação de licitações (art. 44), hipóteses de recurso por extinção do contrato por decisão unilateral da administração pública (art. 45, II, f), acompanhamento das licitações pelos órgãos de controle (art. 46), sanções administrativas e criminais (art. 47, § 2º).

Partindo para as diferenças entre os dois diplomas legais em discussão, ao contrário da Lei 8.666/93, a lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC não traz em seu corpo legal, diversas modalidades licitatórias, trazendo apenas uma espécie que atende às necessidades de contratações públicas. Os autores Zymler e Dios (2013, p.12) lecionam sobre a importante característica do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC acima dita, que o diferencia da Lei Geral de Licitações:

A Lei nº 12.462/2011 prevê uma nova sistemática para as contratações públicas. Trata-se de uma modalidade licitatória única, afastando-se, pois, a divisão do procedimento em diversas modalidades licitatórias definidas exclusivamente em função do valor da contratação (v.g., as seguintes modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993: convite, tomada de preços e concorrência). Essa unicidade de modalidades afasta inúmeras controvérsias acerca de qual teria sido a modalidade licitatória adequada para determinada contratação e permite maior assimilação do procedimento como um todo pela sociedade e pelos agentes públicos, o que potencialmente contribui para a diminuição de erros quando da realização das contratações públicas.

Tratando das inovações trazidas pela Lei 12.462/2011, pode-se indicar acréscimos principiológicos na lei, pois no artigo 3º, dois princípios antes não existentes se apresentam como balizadores da aplicação do Regime diferenciado, quais sejam a economicidade e eficiência. (VASCONCELOS, 2013).

Continua-se frisando que na intenção de preservar o objetivo de agregar eficiência às contratações públicas, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC estabelece em seu texto normativo a “Contratação Integrada”, prevista em seu art. 9º, §1º:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

A “Contratação Integrada” assemelha-se à “empreitada integral” que já existe no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito do regulamento simplificado para licitações da Petrobrás. Prevista no artigo 6º, VIII, alínea “a”, da Lei 8.666/1993, a empreitada integral

envolve contratos com objetos mistos, podendo assim assumir uma natureza híbrida, assim como a “contratação integrada”. As duas modalidades diferenciam-se, pois apenas a contratação integral regulamentada pela Lei 12.462/2011 dispensa a existência de um projeto básico.

Ribeiro, Navarro e Pinto Jr. (2012, págs. 29 e 30) destacam ainda que:

Na Lei Federal 12.462/2011, chama-se de contratação integrada aquela capaz de combinar prestações de natureza distinta, abrangendo simultaneamente a realização de obra pública ou a prestação de serviços de engenharia, com a confecção dos respectivos projetos básico e executivo. (...) A contratação integrada excepciona as regras constantes do artigo 7º, inciso I e do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993, que estabelecem: A necessidade de haver projeto básico para o início da licitação da obra; e, a proibição de participação na licitação e no contrato para execução de obra daquele que participou da confecção do projeto básico.

A contratação integrada tem o objetivo de diminuir o lapso temporal que separa a elaboração do projeto da execução da obra, driblando os imbrólios decorrentes da Lei 8.666/1993 e acelerando a realização das contratações necessárias para o desenvolvimento da infraestrutura ligada à realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas. No entanto, a aplicação do novo diploma legal ainda não demonstrou ganhos efetivos no que diz respeito ao ganho temporal que a contratação integral pode proporcionar à Administração Pública.

Da opção pela Lei 12.462/2011 nas contratações públicas decorre o afastamento da responsabilidade do administrador em elaborar o projeto base da obra a ser realizada, sendo esta transferida para o particular que irá desenvolvê-la. Fica a cargo do contratado o projeto executivo e as intervenções bastantes para a entrega final do objeto. Ainda, para acelerar o procedimento de contratação, a habilitação dos participantes é feita posteriormente ao julgamento das propostas – ou seja, só serão habilitados àqueles que oferecerem à Administração Pública as melhores condições de realizar a obra ou serviço que se busca contratar.

Se comparada a Lei nº 8.666/1993, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC introduz outra importante mudança relativa à previsão de remuneração variável ao contratado pelo novo regime. O novo regime de contratação permite que o particular que realizou a obra seja remunerado de acordo com o seu desempenho na execução do objeto. Assim dispõe a Lei 12462/2011:

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

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

No entanto, o artigo 55, inciso II da Lei 8.666/1993 estabelece a regra geral, segundo a qual é obrigatório que se estabeleça em cláusula contratual, de forma clara e direta “o preço e as condições de pagamentos, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

A possibilidade estabelecida pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC de que se remunere o particular de acordo com desempenho na realização do objeto contratado garante, de certa forma, que o contratado busque ainda mais a satisfatoriedade do serviço prestado, tendo em vista que qualquer procedimento licitatório, qualquer que seja o rito seguido, deve buscar atender o interesse público coletivo.

Ainda acerca das inovações trazidas pelo novo regime instituído pela entrada em vigor da Lei 12.246/2011, conclui Gasparini (2012, p. 763):

Adiante, sem que se esgotem as inovações trazidas pelo RDC ao arcabouço legal administrativo, é trago por último matéria já antes discutida pela doutrina e pela jurisprudência, a respeito das escolhas e características do objeto da licitação, qual seja, “a possibilidade de se indicar marca ou modelo como referência, para melhor compreensão dos licitantes, devendo a marca ser acompanhada da expressão “ou similar ou de melhor qualidade.

O sigilo temporário do orçamento estimado pela Administração talvez seja a mais criticada inovação trazida pelo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Alega-se que o sigilo quebra o princípio da publicidade e macula o princípio da isonomia entre os licitantes, pois, dessa forma, facilita-se que a informação seja repassada apenas para determinados empresários por agentes públicos interessados em favorecimentos pela transmissão de tal informação.

No entanto, o governo defende que esta é uma maneira de evitar os conluíus entre os participantes do certame. A assimetria de informações permite ainda que os preços sejam ainda menores que àqueles que seriam obtidos caso a própria Administração pública disponibilizasse um valor parâmetro para a contratação. Citando Maurício Ribeiro, Lucas Navarro e Mário Pinto Jr. (2012, p. 69):

O principal argumento em favor do sigilo temporário parece ser a de assegurar uma assimetria de informações entre o Poder Público e os licitantes, de maneira que os licitantes não possam se balizar no preço estimado pelo Poder Público, mas que este tenha um preço de referência para proceder a eventual negociação com o primeiro colocado na ordem de classificação da licitação (art. 26). Dada essa assimetria, a

ausência de um referencial de preços pode também dificultar a composição de cartéis em licitação)

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 6º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC não permite que restem dúvidas de que os órgãos de controle possuem acesso permanente às informações relativas ao orçamento prévio estimado pela Administração.

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.
§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.
§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.
§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Portanto, os reflexos deste novo instituto jurídico sobre o arcabouço legal preexistente se dão à medida que sua opção resulta no afastamento das disposições existentes na Lei 8.666/93, à exceção das hipóteses previstas no corpo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (ZYMLER e DIOS, 2013).

Finalmente, observa-se que, de maneira diversa ao que acontece na Lei do Pregão – que estabelece aplicação da Lei 8.666/1993 no que lhe for correspondente – a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC tem aplicação subsidiária ao regime antigo. Afastam-se do novo regime a aplicação das regras sobre licitações, no entanto, as disposições relativas ao regime de contrato a Lei 8.666/1993 continuam aplicáveis a todos os contratos vinculados à Lei 12.462/2011.

3 RESULTADOS DA APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

Muito se discute acerca da eficácia do Regime Diferenciado de Contratação, tendo em vista a sua real efetivação no plano econômico e na agilidade na conclusão dos objetos contratados. Observa-se que os mais importantes critérios utilizados para o julgamento das propostas no certame é o do maior retorno econômico, que se baseia em proporcionar à Administração Pública a maior economia e onde se pode perceber, também, o princípio da eficiência.

O RDC visa ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O Regime Diferenciado de Contratação é bastante controverso e enseja discussões na seara jurídica, dividindo opiniões quanto à sua aplicação, por essa razão, passa-se a observar as alterações advindas do diploma legal e as vantagens por ele proporcionadas, bem como destacar os riscos financeiros e relativos à legalidade da sua instituição.

À luz dos princípios da eficiência, pode-se afirmar que há algumas vantagens no RDC, tendo em vista que este se expressa tanto como princípio quanto como objetivo na lei em questão, inspirando-a em grande medida. As contratações realizadas de acordo com o novo regime buscam uma utilização ideal do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis. Resta claro que o Regime Diferenciado de Contratação oferece grandes avanços no âmbito da eficiência e da celeridade nos processos licitatórios em que se aplicam. Em contrapartida, outros problemas são apontados, tais como a tão criticada contratação integral e os orçamentos sigilosos.

Este capítulo busca abordar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas quanto aos seus resultados efetivos, experimentados pela própria Administração e pela sociedade em geral. Trata-se de uma análise relativa à redução do período de tempo e de custos para na celebração de contratos e licitações, bem como a ampliação do campo de incidência das normas da Lei 12.462 de 2011.

4.1 QUANTO À EFICIÊNCIA

A busca pela eficiência na seara das contratações públicas serviu de alicerce para que fosse criado um regime de contratações menos moroso e burocrático, que suprisse às necessidades do Estado quando este dispunha de pouco tempo para atender às exigências feitas pelas entidades esportivas internacionais para que estivesse em condições de receber os megaeventos esportivos para os quais foi escolhido como sede.

A partir daí surgiu a Lei n. 12.462 de 2011, que demonstra com clareza a preocupação do legislador em tornar o procedimento licitatório mais célere e eficiente, o que está refletido nos mecanismos por ela criados para facilitar a realização do certame. Grosso modo, o RDC expõe um significativo avanço na já considerada arcaica e burocrática Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos.

No que diz respeito às diretrizes traçadas para o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, estas estão dispostas ao teor do art. 4º da Lei n. 12.462/11, já citado no decorrer do trabalho. À luz do princípio da eficiência, podemos citar o entendimento de Oliveira e Freitas (2012, pp. 7), para quem:

São diretrizes que se encontram amparadas nos princípios da segurança jurídica (tanto no que tange à padronização dos objetos da contratação, quanto dos instrumentos contratuais), da eficiência (no que se refere às variáveis de desempenho e de utilização das planilhas de custos dos licitantes) e da economicidade (na busca de maior retorno econômico para a Administração). É possível perceber, ainda, que o RDC consagra a tendência da denominada “função regulatória da licitação”, segundo a qual a licitação não tem por objetivo apenas a busca pela economicidade nas contratações públicas, mas também a efetivação de outros valores constitucionais.

Como fruto da busca pela efetivação deste Princípio no âmbito das contratações públicas, podemos citar mudanças trazidas pela Lei n. 12.462 de 2011, quais sejam: contratação integrada (artigo 9º), a remuneração variável correlacionada à demonstração de desempenho da contratada (artigo 10º), a desclassificação propostas contenham vícios insanáveis no procedimento (artigo 24, I) e o disposto acerca das invalidades de atos administrativos (artigo 28, II).

A Lei n. 8.666/1993, no seu artigo 3º, não elenca a eficiência com um princípio basilar dos certames licitatórios realizados em seu âmbito, em contrapartida, o próprio diploma legal instituidor do RDC dispõe acerca da eficiência, tanto elencando-a em seus objetivos quanto ao dizer que as licitações e contratações realizadas em seu âmbito devem pautar-se em tal

princípio.

O que se observa a partir do estudo dos objetivos traçados pela lei instituidora do RDC, enunciados no dispositivo legal supracitado, é que o princípio da eficiência é responsável por designar as diretrizes do novo regime, enfatizado a necessidade de que sejam observados os interesses da coletividade, através da realização de procedimentos mais céleres e menos onerosos e burocráticos, buscando conferir mais rapidez aos processos de contratação pela administração pública.

Deste modo, pode-se concluir que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas atende o apelo daqueles que criticam a Lei n. 8.666 de 1993, quanto à desburocratização do regime legal das contratações Públicas. Atende, ainda, às necessidades do próprio Estado, que é diretamente interessado por meio de seus agentes na conclusão das obras exigidas pelos órgãos esportivos internacionais.

Está previsto também na Lei n. 12.462 de 2011 a fase recursal única no certame licitatório - a exemplo do adotado na modalidade pregão - contudo, esta não se aplicará em todos os casos, mas somente em situações onde o julgamento for anterior a habilitação. Nas circunstâncias denominadas pela Lei do RDC como “inversão de fases” permanecerá o previsto pela Lei n. 8.666 de 1993. A esse respeito, dispõe Justen Filho (2005, p. 151):

O modelo adotado não infringe os princípios jurídicos pertinentes, desde que respeitadas certas precauções. Determinar que os recursos serão interpostos ao final do procedimento não equivale a suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos. Não significa negativa dos direitos à ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão somente, a concentração na etapa final do processo de todos os atos praticados anteriormente.

Uma das inovações mais expressivas no que tange à eficiência no RDC, como já dito, encontra-se na previsão da chamada "contratação integrada" de obras e serviços de engenharia. Esta precisa de justificativa sob os aspectos técnico e econômico e, nos termos do art. 9º, caput e §1º da Lei nº 12.462 de 2011, compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Tal modalidade de contratação parece ter sido baseada no procedimento licitatório simplificado já adotado pela Petrobras e aprovado por meio do Decreto nº 2.745 de 1998, onde temos:

1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-

operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

O regime de "contratação integrada" é o responsável pelo afastamento de gastos desnecessários e da morosidade dentro do procedimento licitatório, resumindo diversos procedimentos que seriam necessários em uma licitação realizada nos ditames da Lei n. 8.666 de 1993. O orçamento estimado não previamente, mas apenas ao final do processo é uma das formas de combate às práticas anti-concorrenciais - a exemplo da formação de conluíus entre os licitantes. Pode-se ressaltar ainda a pré-qualificação permanente e o sistema de registro de preços de obras e serviços, que visam diminuir os riscos da contratação para a administração. Aqui reside o maior volume de críticas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, pois tal modelo não seria reconhecido no ordenamento jurídico pátrio. Assim posicionou-se o Ministério Público Federal quanto ao regime em pauta:

[O] conteúdo do denominado anteprojeto de engenharia é extremamente vago, genérico, e implicará a não definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, violando expressamente o artigo 37, inciso XXI, que impõe o dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia e pressupõe logicamente a sua exata configuração. Não há licitação sem prévio e determinado objeto, porque sem isto não há condições de disputa.

Admitindo-se o anteprojeto de engenharia, isto implicará violação do princípio da competitividade, isonomia e da impessoalidade, porque impedirá o julgamento objetivo da licitação.. [...]

No regime da contratação integrada, leva-se ao extremo a ideia de flexibilização da identificação do objeto da licitação, levando o regime para o campo da inconstitucionalidade, porque não se tem no referido regime objeto definido e apto a ser licitado, a servir de parâmetros para propostas diversas que possam ser objetivamente comparáveis.

Já o Tribunal de Contas da União se mostra favorável ao novo regime, bem como aponta vantagens no que diz respeito à realização de licitações baseadas apenas na apresentação do anteprojeto e à "contratação integrada" através do Acórdão 1510/2013, *ipsis litteris*:

9.1.1.2. tendo em vista que uma obra licitada com base no anteprojeto já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto, no caso de a motivação para a utilização da contratação integrada estiver baseada nessa viabilidade de emprego de diferenças metodológicas, [...], justifique em termos técnicoeconômicos, a vantagem de sua utilização, em detrimento de outros regimes preferenciais [...]. (Acórdão 1510/2013 – TCU - Plenário)

No regime em discussão, o contratado assume a responsabilidade por todas as etapas da obra que será executada, como também os riscos dela decorrentes. A elaboração de um

anteprojeto de engenharia fica por conta da própria administração, restando para o contratado o dever de desenvolver os projetos básicos e de engenharia. Aponta Dallari (2010, p. 108) que, em meio ao combate à realização de licitações apenas depois de concluídos os projetos executivos de obras, "a exigência apenas de um projeto básico tem servido para, após a contratação, revelar a inviabilidade da execução do contrato e, assim, justificar alterações que normalmente multiplicam o valor contratado."

Apesar das críticas, nos moldes estabelecidos pela "contratação integrada", é desnecessária a apresentação prévia do projeto básico aprovado por autoridade competente, de acordo com o disposto nos artigos 8º, §5º, e 9º, §1º da Lei do RDC. Em seus comentários à Lei n. 12.462, nos traz Renato Monteiro Rezende (2011, p. 46):

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

Considerando-se que o projeto executivo bem elaborado é considerado essencial pela a doutrina majoritária à abertura o certame licitatório para contratação de obras, a ausência deste pode comprometer o julgamento das propostas diante da falta de um orçamento detalhado e ainda, fere o princípio da isonomia. Desta feita, o Ministério Público Federal na nota técnica citada alhures não se posicionou de outra forma ao tecer comentários acerca da "contratação integrada" e, no mesmo sentido, nas palavras de Justen Filho (2002, p. 117) em alusão à necessidade da apresentação do projeto executivo:

A regra geral exige [...] a existência de um projeto executivo (ou instrumento similar que contemple as soluções que serão executadas). Lembre-se que, na ausência de um projeto executivo, torna-se impossível estimar o próprio custo da futura contratação. Ou seja, a ausência de projeto executivo importa sério risco de frustração do princípio constitucional e legal de que toda e qualquer contratação pressupõe recursos financeiros suficientes. Uma das vias para tornar inútil a determinação da previsão de recursos orçamentários reside em promover contratação sem projeto executivo. Essa prática tem sido largamente utilizada, lamentavelmente, entre nós. [...]

A Lei do RDC traz a determinação de que a apresentação detalhada do orçamento para os interessados no procedimento se dará de forma posterior ao encerramento da licitação, momento no qual será conhecido o preço estimado para a celebração do contrato. Quando o

orçamento não se fizer presente no instrumento convocatório, este adquire caráter sigiloso, ficando disponível unicamente para os órgãos de controle da Administração Pública. A pretensão do legislador ao instituir o orçamento sigiloso dentro do Regime Diferenciado de Contratações Públicas é fazer com que, diante do total desconhecimento quanto ao valor do contrato licitatório, se alcance o valor mínimo possível para realizar a contratação, aproximando-se do preço que é efetivamente posto em prática dentro no mercado.

É fato, no entanto, que tal regime encontra amparo na ideia central que rege a própria Lei n. 12.462 de 2011, qual seja: realizar um procedimento que possa atender os requisitos da celeridade e da diminuição de custos para administração. É inegável que o mesmo traz ganhos no que tange à eficiência para as contratações administrativas, pois possibilita ao contratado inovar e propor técnicas e soluções mais eficientes para a consecução do objeto contratado, proporcionando a diminuição dos custos e riscos para a administração pública. Evita-se ainda que o licitante ao ter celebrado seu contrato pelo menor valor possível depois venha a elevá-lo indefinidamente por meio de aditivos, costume que se tornou praxe no País e precisa ser combatido.

A "contratação integrada" é, de fato, o grande meio utilizado dentro do Regime Diferenciado de Contratações Públicas para conferir eficiência aos seus procedimentos. Através dela busca-se estimular a concorrência do certame, proporcionando ganhos à administração pública. Além disso, o procedimento é informatizado e permite o acompanhamento dos processos em tempo real por parte dos órgãos interessados, sendo assegurado o acesso às informações relativas à contratação aos responsáveis pelo controle do procedimento, à exemplo do Tribunal de Contas da União e da Controladoria Geral da União.

3.2 QUANTO À REDUÇÃO DOS CUSTOS

No intento de garantir a redução dos custos das contratações públicas realizadas nos ditames da Lei n. 12.462 de 2011, o legislador preocupou-se em criar mecanismos que incentivassem os particulares contratados pela Administração Pública a realizar as obras de forma mais ágil e com maior perfeição técnica, à exemplo da "remuneração variável" e do "contrato de eficiência", que servem como incentivo econômico.

Através da criação do instituto da "remuneração variável", que nos termos do art. 10 da Lei n. 12.462 de 2011 possibilita que os contratos prevejam tal remuneração, vinculada ao

desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, observando-se o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Busca-se avaliar a execução do objeto contratado a partir dos aspectos elencados pelo legislador, no entanto, a Lei não descreveu de forma clara como funcionaria tal instituto, restando sua disciplina por conta do próprio contrato ou do instrumento convocatório. "Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta" (REZENDE, 2011, p. 26)

Já o chamado "contrato de eficiência" é aquele que traz a mais clara vantagem quanto ao retorno econômico: caso seja gerada economia para a Administração Pública, a mesma oferecerá vantagem econômica para o contratado através de adicional em pecúnia. O mesmo não possui correspondentes na Lei Geral de Licitações e Contratos, contrariando o que a mesma dispõe em seu artigo 45, § 5º. Ressalte-se que, não há previsão da aplicação prática de tal instituto, estando claro apenas o seu cabimento, nos termos do artigo 23, §1º da Lei do RDC, *ipsis verbis*:

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.
§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. [...]

No "contrato de eficiência" temos um contrato de risco, no qual contratado se compromete a reduzir uma determinada despesa corrente para a Administração Pública. A remuneração da empresa que vencer a licitação será calculada de acordo com a economia gerada em prol da Administração. Não haverá, portanto, preço certo e determinado, mas sim a remuneração variável de acordo com o valor poupado na execução do objeto contratado. Caso a contratada não seja capaz de gerar a economia prevista no contrato, poderá sofrer as consequências trazidas pelo § 3º do artigo 23 da Lei 12.462 de 2011:

Art. 23 [...] § 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

- I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;
- II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e
- III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato."

Vale ressaltar o posicionamento do Ministério Público Federal, emitido através da nota técnica anteriormente citada no presente trabalho, na qual se manifesta de forma desfavorável ao "contrato de eficiência". O *Parquet* considera que há ofensa ao princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, caput, da Lei Maior, e ao critério da objetividade que deve regulamentar o procedimento licitatório. A crítica se estendeu ao fato de que não há delimitação legal acerca da abrangência do instituto, podendo a mesma se estender a qualquer tipo de contrato, além da insegurança jurídica na aplicação do mesmo pela Administração Pública, decorrente do regramento insuficiente. Em nota ao Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010 (2011, p.7), o *Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014* da 5ª Câmara de *Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal* manifestou-se no sentido de que:

A consagração do critério “maior retorno econômico”, conjugado com a criação de novo tipo contratual – o denominado “contrato de eficiência” - tal como adotado na redação atual do Projeto, conflita com o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, caput) e a objetividade nas licitações públicas. Não há delimitação legal sobre o campo de abrangência do denominado “contrato de eficiência”. Tal como configurado no projeto (art. 25, §1º), qualquer espécie de serviço ou atividade da Administração Pública poderá ser objeto do aludido contrato.

O RDC traz em suas instituições mecanismos que visam modernizar o procedimento de licitações, distanciando-o dos entraves burocráticos, no entanto, contradiz critérios usuais de contratações públicas e não vem produzindo seus efeitos de forma plena, principalmente no tocante à questão financeira, tais como o encurtamento dos prazos, a simplificação de procedimentos e o cumprimento de metas público-privadas. Seja como for, de fato, o novo diploma caracteriza-se por ser uma flexibilização profunda a fim de que se descarte qualquer atraso à realização dos eventos esportivos. (KRAWCZYK, 2011)

Ainda quanto aos reflexos do diploma legal, o impacto do Regime Diferenciado de Contratação no que concerne a uma real redução de custos das obras para os cofres públicos é bastante reduzida, não correspondendo às expectativas no âmbito financeiro, o que gera incertezas e inseguranças quanto a gestão da *res publica*.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas usa como ferramenta para reduzir o

preço das obras a forma estabelecida para a feitura dos lances pelos interessados em contratar com a Administração, através da já citada "contratação integrada" e do orçamento sigiloso, o que não tem se mostrado de grande eficácia no âmbito econômico.

De acordo com Borges (2014), o novo regime de contratação adotado pelo Governo para driblar burocracias da legislação nas licitações e destravar obras públicas, reduziu o prazo das contratações da média de 250 dias para 60 a 90 dias. O resultado, porém, é frustrante em relação às metas de economia previstas pelo governo, que esperava redução média de 20% nos custos das obras.

Sendo uma das principais usuárias e também a primeira a utilizar-se do novo regime em suas contratações, a INFRAERO trouxe uma primeira impressão acerca dos reflexos do novo regime tanto quanto nos interesses da própria Administração Pública quanto da sociedade em si, que anseia pela melhor estruturação dos aeroportos brasileiros.

A mesma elaborou um relatório acerca da utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas na celebração de seus contratos. De acordo com dados atualizados em Janeiro de 2014 a adoção do RDC nos procedimentos de contratação de obras e serviços pela INFRAERO, foram homologados 62 processos licitatórios. O valor dos mesmos chegou a aproximadamente R\$ 2,4 bilhões e a economia proporcionada pela utilização do novo regime foi de 15%. Quanto ao tempo médio para a conclusão dos procedimentos - contabilizado do momento de publicação do edital até a respectiva homologação do processo - se comparado à modalidade concorrência, a redução foi de 42% (2012) e 61% (2013). Já se a comparação for feita com base na modalidade Tomada de Preços, a redução temporária foi de 35% (2014).

Com base nos dados emitidos pela própria INFRAERO, considerando agora os dias transcorridos, o tempo médio do processo de contratação que antes girava em torno de 248 dias sob a égide do disposto na Lei n. 8.666 de 1993 passou a ser de 68 dias, quando realizado sob os ditames da Lei n. 12.462 de 2011.

Neste diapasão, no que diz respeito a experiência da INFRAERO quanto à aplicação das normas estabelecidas pela Lei n. 12.462 de 2011, Hercules Alberto de Oliveira, José Antonio Pessoa Neto e Rômulo Braz Torres dispõem, ao tratar do assunto, que (2013, p. 25):

Nos certames já realizados observamos que esta nova forma de contratação pública é bastante vantajosa para Administração, uma vez que introduz celeridade, economia e eficácia aos procedimentos, com consequentes benefícios para sociedade, se inserindo no Direito Administrativo Brasileiro.

Parece haver consenso que a Lei nº 8.666/93, por ser uma legislação tradicional, não atende de maneira adequada as necessidades do Estado, em razão da falta de previsão de utilização da tecnologia da informação, formas de negociação de preços e de burocráticos procedimentos na avaliação dos documentos de habilitação dos

licitantes.

O avanço e sucesso já comprovados desta nova legislação faz crer que muitos destes procedimentos utilizados nas contratações pelo Regime Diferenciado de Contratação Públicas podem compor o rol da legislação de aquisição e contratações de serviços do nosso País.

Faz-se mister observar que o novo regime não afastou as irregularidades no processo licitatório realizado pela empresa pública. O Tribunal de Contas da União, contudo, optou pela não responsabilização dos agentes causadores das irregularidades nem pela anulação do procedimento licitatório. Inúmeros argumentos justificam tal decisão. Apresentam-se como os de maior relevância: a inovação jurídica-legal ainda não sedimentada na jurisprudência desta Corte, pois é a primeira experiência da INFRAERO com o regime de contratação integrada; e o empreendimento em questão, por apresentar elevada complexidade, pode atrair o regime de contratação integrada. (JESUS, 2013)

Diante desse cenário, nota-se que um princípio da economicidade é tido como basilar na aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O mesmo carrega um dos principais objetivos da Administração Pública ao adotar o novo regime, qual seja, a celebração de contratos mais vantajosos ao erário, evitando gastos desnecessário e dispendendo o menor valor possível para a consecussão do objeto contratado. Ainda que de forma mais sutil que quanto à questão da agilidade na contratação, percebe-se a economia nas contratações efetuadas nos ditames da Lei n. 12.462 de 2011.

3.3 A AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

A Lei n. 8.666 de 1993 foi editada pelo Congresso Nacional e estabeleceu normas gerais que devem ser obedecidas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, seja da administração pública direta ou indireta, estabelecendo o processo licitatório, entendido como o conjunto de atividades instrumentais que busca dar segurança à administração, vinculando os contratos que dela possam advir, abrindo a todos os cidadãos a oportunidade de, em pressuposta igualdade de condições, participar do procedimento através da oferta de bens e serviços ao Poder Público. Quanto à instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o Ministro-Relator Valmir Campelo posicionou-se em sede do Acórdão nº 3011/2012 (item 76):

Entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade[...] Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas não foi criado na intenção de modificar o disposto na Lei Geral de Licitações e contratos, mas, sim, com o intento de revolucionar os meios de licitação e contratação utilizados pela Administração. Através dele buscou-se alcançar maior celeridade e economia nos procedimentos licitatórios, como já tratado anteriormente, sendo sua utilização permitida apenas nas obras e serviços previstos em seu texto legal, estando estas elencadas no artigo 1º da Lei n. 12.462 de 2011, a saber:

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.

Ao fazer uso da expressão "necessários à realização", o legislador dá margem à uma interpretação extensiva da lei no que tange às suas possibilidades de aplicação. Não está bem estabelecido quais seriam os tipos de contrato e licitações que podem ser realizado sob os ditames da Lei n. 12.462 de 2011, podendo estes tratar desde a construção dos estádios necessários à realização das competições até a melhor estruturação de acomodações públicas e dos aeroportos, por exemplo.

Analisando a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas diante do exposto no artigo em comento, observa-se, quanto ao inciso I, que o mesmo estabelece a utilização do novo regime de contratação na realização de licitações e contratos necessários à

realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, “constantes da Carteira de Projetos Olímpicos, a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO)”. A APO é, em suma, uma autarquia em regime especial que tem a atribuição de promover a colaboração entre os três entes federativos para a realização dos Jogos Olímpicos de 2016.

No tocante ao inciso II, remete-se à realização de licitações e contratos necessários à realização dos seguintes eventos esportivos: Copa das Confederações (2013) e Copa do Mundo FIFA (2014), restringindo a aplicação do RDC àquelas “constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Finalmente, o estabelecido no inciso III estabelece em quais obras e serviços o RDC poderá ser utilizado. Entretanto, “[...] se trata, ao que parece, de dispositivo que contém previsão casuística e que impõe discriminação inaceitável em desfavor de algumas capitais” (ANDRADE; VELOSO, 2012, p. 30). O motivo para tal posicionamento é que as capitais que estejam a mais de 350 km de distância das cidades que sediarão os eventos esportivos não poderiam se valer do RDC para a realização de obras de infraestrutura e contratações e serviços nos seus aeroportos. Ressalte-se ainda que a reestruturação aeroportuária apenas nas capitais que sediarão os eventos esportivos em questão seria insuficiente, tendo em vista que não apenas turistas estrangeiros precisarão adentrar em território nacional, mas também brasileiros farão uso dos aeroportos para participar destes.

Em sede da interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.655, Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República, aduz que:

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

Fica claro que apesar da celeridade conferida pelo procedimento do RDC, alguns preceitos importantes da Lei de Licitações são relegados a um plano secundário, o que pode gerar alguns questionamentos quanto a legitimidade desses certames, bem como possibilitar que fraudes ocorram ante o argumento da eficiência. Acerca da discussão sobre o período de

vigência da Lei n. 12.462 de 2011, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p. 440) leciona no sentido de que:

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

Desta feita, a finalidade do novo regime de licitações é garantir que sejam realizados a Copa as Confederações, Copa do Mundo, e Olimpíadas e Paraolimpíadas através da celebração de contratos eficientes e tempestivos. Resta claro, então, a temporalidade do diploma legal, tendo em vista que com o término dos eventos esportivos também acabarão os fundamentos legais para a realização de licitações e contratos nos ditames da Lei do RDC. Entretanto, em relação àqueles contratos que foram celebrados antes, e cuja execução não for concluída, poderá ser utilizado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (ANDRADE; VELOSO, 2012).

Ocorre que, as Leis n. 12.688 e n. 12.745, ambas de 2012, ampliaram campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, alterando o artigo 1º da Lei em comento. O artigo 1º passou a vigorar, então, nos seguintes termos:

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)"** (grifo nosso)

A partir de então, a discussão acerca do caráter temporário da Lei 12.462 de 2011 foi superada. O novo regime passou, então, a poder ser aplicado para a realização de obras pertencentes ao PAC, às obras e serviços de engenharia relativas ao SUS, e, posteriormente,

as licitações e contratos necessários à realização de obras serviços de engenharia no sistema público de ensino.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei n. 4.022/1282 visa ampliar a área onde se poderá atuar sob a égide do novo regime. Busca-se estender o alcance do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à contratação de obras e à aquisição de equipamentos e insumos para a área de saúde no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A alteração seria feita através do acréscimo do inciso "IV" ao artigo 1º da Lei 12.462 de 2011.

No entanto, a matéria tratada pelo Projeto de Lei citado alhures já está abarcada pelos incisos IV e V do referido artigo, pois os mesmos, como já demonstrado, discorrem acerca da utilização do novo regime de contratação tanto nas obras relativas ao PAC quanto ao SUS. Este, portanto, provavelmente terá sua literalidade alterada para que possa trazer nova disposição legal.

Faz-se mister observar que desde o ano de 2010 tornou-se recorrente a edição de textos normativos criados na intenção de driblar a burocracia imposta pela Lei Geral de Licitações e Contratos. Pode-se citar, por exemplo, o Decreto n. 7.217/10, relativo ao saneamento básico, bem como a Lei 12.352/10, que trata da energia petrolífera.

De acordo com o que aduz Moreira e Guimarães (2012, p. 41) as hipóteses de incidência da Lei 8.666/93 estão sendo reduzidas paulatinamente, em virtude das diversas leis que têm sido criadas para setores específicos, criando microssistemas. O que pode ser facilmente observado no pregão, nas concessões, e no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

É fato que, no caso em tela, o legislador busca desenvolver meios para desburocratizar o funcionamento da máquina administrativa. Trata-se de uma preocupação em combater a morosidade na realização de contratos pelos ditames da Lei n. 8.666 de 1993, que atrapalha a consecução dos objetos necessários ao bem estar da população por suas normas arcaicas e que já não suprem os anseios de uma sociedade em constante transformação.

A Lei n. 12.462 de 2011 busca, nesse sentido, mais espaço no ordenamento jurídico pátrio através da sua possibilidade de utilização para outros fins que não os mega eventos esportivos que já sediou e ainda sediará o Brasil. O diploma legal trouxe inovações vantajosas à administração pública, as quais eram conclamadas há tempos pelos doutrinadores e que devem integrar-se à Lei Geral de Licitação.

4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

Ainda que se tenha como grande propósito nesse trabalho uma abordagem acerca das inovações implantadas no ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor da Lei 12.462/2011, faz-se mister tratar das posições adversas relacionadas à concordância do novo diploma legal e a Constituição Federal de 1988.

Há mais de 20 anos vigora no ordenamento jurídico pátrio a Lei 8.666/1993, que nasceu com o intento de regulamentar o regime de licitações públicas. É fato, ainda, que tal diploma legal não modernizou-se diante do novo cenário social e das necessidades da Administração Pública em realizar suas contratações de maneira menos laboriosa.

No intento de cumprir as funções delegadas pelo povo, o Poder Público deve, obrigatoriamente, ser fiel às imposições da Carta Magna, atendendo a exigência quanto à realização de licitações públicas para realizar seus contratos. No entanto, a lei que regulamenta o certame licitatório apresenta entraves dificultam tal procedimento, encontrando-se defasada em suas normas, repleta de lacunas e procedimentos burocráticos, alheios, inclusive, aos princípios impostos pela Constituição Federal em seu artigo 37, a exemplo da eficiência.

Como já explanado anteriormente, a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC possui o escopo de simplificar procedimentos, a fim de melhor atender as necessidades do Poder Público. No entanto, gerou-se uma polêmica em torno do novo regime de contratações e esta ganhou relevância no mundo jurídico. Já se pode apontar, pelo menos, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a lei que o institui.

Fica claro que apesar da celeridade conferida pelo procedimento do RDC, alguns preceitos importantes da Lei de Licitações são relegados a um plano secundário, o que pode gerar alguns questionamentos quanto a legitimidade desses certames, bem como possibilitar que fraudes ocorram ante o argumento da eficiência.

Aqui será discutido o Regime Diferenciado de Contratação ante as exigências de publicidade e moralidade, sua eficiência ante a necessidade de realização de obras em um período temporal mais curto e a real redução de custos das obras para os cofres públicos.

4.1 OBEDIÊNCIA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E O ELEVADO SUBJETIVISMO PROPORCIONADO AO PODER EXECUTIVO

A Lei n. 8.666 de 1993 foi editada pelo Congresso Nacional e estabeleceu normas gerais que devem ser obedecidas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, seja da administração pública direta ou indireta, estabelecendo o processo licitatório, entendido como o conjunto de atividades instrumentais que busca dar segurança à administração, vinculando os contratos que dela possam advir, abrindo a todos os cidadãos a oportunidade de participar do procedimento através da oferta de bens e serviços ao Poder Público.

Ao discorrer acerca do tema, Moreira e Guimarães (2012, p. 42) asseveram que: “[...] o RDC não revogou quaisquer disposições de leis anteriores referentes a licitações e contratações ordinárias (por isso nelas não incide), mas, sim, estabeleceu um novo e especial regime, aplicado a conjunto expressamente limitado de licitações e contratações públicas.”

O processo licitatório, reitera-se, tem o escopo de possibilitar a participação isonômica dos interessados em contratar com a Administração Pública. Fica evidente a busca da moralização da atividade administrativa e promoção de oportunidades tanto para o ente público, para realizar negócio mais vantajoso e quanto aos particulares participantes do certame, que irão concorrer em igualdade de condições quanto aos seus pares. Assim posicionou-se Eros Grau, na ocasião do julgamento da ADI 3.070/RN.

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

Há que se ressaltar que com a edição da Lei n. 12.462 de 2011, foi atribuído ao Poder Executivo poderes para definir, de maneira demasiadamente subjetiva, o regime de realização da licitação, sem a necessidade de maiores justificativas quanto a implementação de contratos e obras públicas sob o denominado Regime Diferenciado de Contratação (RDC), que visa

evitar contratemplos nas grandes obras realizadas pelo Estado.

O novo diploma legal buscou solucionar as dificuldades impostas ao Poder Público, tendo em vista que realizar as tarefas a ele atribuídas pela população, o mesmo deve estar constantemente obedecendo à regra constitucional da licitação pública. Perceberam-se, então, diversos problemas diante da obsoleta regulamentação imposta pela Lei 8.666/1993, tais como as lacunas procedimentais responsáveis pelos processos burocráticos. Tais procedimentos não estão em consonância com os princípios elencados no artigo 37 da Carta Magna, à exemplo da Eficiência.

Em sua obra, Gasparini (2005, p. 21) observa a importância de ter se enfatizado o princípio da eficiência na Lei n. 12.462 de 2011, tendo em vista que essa foi uma das grandes modificações positivas trazidas pelos procedimentos instituídos através do novo diploma legal. "Isso porque, o princípio constitucional da eficiência possui três cânones fundamentais: rapidez (a Administração não pode ser inerte quando deveria agir), perfeição (para não ter que refazer o procedimento imperfeito, com conseqüente perda de tempo e recursos) e rendimento (a melhor relação custo-benefício que possa advir da contratação)."

Ocorre que, a Medida Provisória nº 527, da qual decorre a Lei n. 12.462 de 2011, tratava em seu texto original de aspectos relativos à criação da Secretária de Aviação Civil, autorização da prorrogação de contratos dos trabalhadores temporários responsáveis pelo controle do tráfego aéreo e alteração estrutural do Poder Executivo Federal. Durante seu trâmite, foi acrescido ao seu texto matéria totalmente diversa do tema central abordado pela referida medida, qual seja, um capítulo que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, através do Projeto de Lei de Conversão de nº 17 de 2011.

Ocorreu, então, a votação pela Câmara dos Deputados, que aprovou a Medida Provisória em sua integralidade, incluído também o que foi acrescido pelo Projeto de Lei de Conversão de nº 17 de 2011. Também o Senado Federal aprovou o texto, que seguiu para ser sancionado pela Presidente da República.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) vieram com o intento de questionar a constitucionalidade formal da norma, pois haveria sido a ausência de pertinência temática existente entre o disposto no texto original da Medida Provisória nº 527 de 2011 quanto ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC desconsiderada pelo que trouxe o Projeto de Lei de Conversão de nº 17 de 2011. Foram propostas, então, pelo Ministério Público a ADI nº 4.655 e pelos Partidos Políticos Democratas (DEM), Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) e Partido Popular Socialista (PPS) a ADI nº 4.645.

Ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade trazem o questionamento referente à

pertinência temática citada alhures, alegando a ausência de qualquer afinidade lógica entre os dois temas, apontando-se que, no que tange aos temas "Aviação Civil" e "Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC", abuso do poder de emendar e violação ao devido processo legislativo. Restou pressuposta a usurpação de competência exclusiva da Presidência da República a qual não poderia ser convalidada pela sanção da Presidente, observados os julgados do Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, o senador Inácio Arruda, relator-chefe do Projeto de Lei de Conversão no Senado Federal trouxe em seu parecer acerca do Projeto de Lei de Conversão de nº 17 de 2011 e sua pertinência temática com a Medida Provisória nº 527 de 2011:

Consideramos atendidos os pressupostos constitucionais de urgência e relevância pela MPV nº 527, de 2011, tendo em vista o crescimento vigoroso do setor aéreo nos últimos anos e a necessidade de ampliar a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, que já se encontra congestionada em várias áreas, quadro que tende a se agravar diante da tendência de crescimento da demanda por transporte aéreo e da realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016 em território nacional. Ademais, no tocante à constitucionalidade, não vislumbramos vício algum na MPV, que cuida de matéria relacionada à estrutura organizacional do Poder Executivo federal, a qual é regulável por meio de lei de iniciativa do Presidente da República, podendo ser objeto de medida provisória, eis que não se encontra no rol de temas cujo tratamento em sede de MPV é interdito pelo art. 62, § 1º, da Constituição Federal.

Passando aos aspectos da inconstitucionalidade material, as ADI's questionam aspectos relativos, por exemplo, à constitucionalidade da delegação exacerbada de poderes ao Poder Executivo, tendo em vista que, para que o procedimento de licitação esteja vinculado ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC basta a alegação de que os bens a serem adquiridos e execução de obras ou serviços a serem contratados incluem-se no rol de projetos relativos à Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. Tal subjetividade seria inconstitucional no ponto de vista dos autores das ADI's, pois somente a Lei tem o poder de definir o regime aplicável ao procedimento licitatório.

Também é alvo de críticas para ambas as ADI's a previsão da contratação integrada e a possibilidade de realizar o certame licitatório apenas com a apresentação do anteprojeto. "A Procuradoria da República ainda prossegue na crítica ao modelo de contratação integrada por conta do autor do projeto básico ficar também responsável pela execução da obra, o que considera em desacordo com o texto constitucional". (RIBEIRO, PINTO JUNIOR, PRADO, 2012, p. 8)

A Procuradoria Geral da República questiona ainda a pré-qualificação prevista para qualquer situação que trate do fornecimento de bens e execução de obras ou serviços, tendo

em vista que este requisito reduz a competitividade da licitação, o que vai de encontro às previsões constitucionais, as quais priorizam a ampla concorrência. Finalmente, no tocante às questões ambientais e relativas ao patrimônio histórico cultural, especialmente quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 4º da Lei n. 12.462 de 2011, existe uma preocupação, levando-se em consideração o que está previsto no corpo legal, *ipsis verbis*:

§ 1o As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

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

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

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

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

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

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

§ 2o O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

Assim argumenta a Procuradoria Geral da República em sede da ADI nº 4655: “Tais dispositivos não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou atividades potencialmente causadoras de dano ambientais/culturais, serão aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, §1º, IV, da CR é o instrumento adequado para se avaliar a extensão do dano e, mediante ponderação de interesses, decidir-se se é possível e conveniente a realização da obra ou da atividade, e as condições em que se desenvolverão”.

São particulares da ADI promovida pelos partidos políticos Democratas (DEM), Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) e Partido Popular Socialista (PPS) questionamentos acerca da regra do sigilo e dispensa de publicação no Diário Oficial, constantes nos artigos 6º e 15 §2º, respectivamente, da Lei instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. A ADI aponta a inconstitucionalidade tendo em vista a ofensa aos Princípios Constitucionais da publicidade e da moralidade, ambos com previsão legal no artigo 37 da Carta Magna.

Quanto a este aspecto, vale observar a magnitude do princípio da publicidade que embasa tal crítica, bem esboçado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello nos autos do Mandado de Injunção nº 284: "A exigência de publicidade dos atos que se

formam no âmbito do aparelho do Estado traduz um princípio essencial, a que a nova ordem jurídico-constitucional não permaneceu indiferente."

Por fim, critica-se a remuneração variável, prevista no artigo 10 da Lei n. 12.462 de 2011, pois esta ofereceria elevado grau de discricionariedade ao gestor público, o que de acordo com os autores da ADI vai de encontro ao disposto na Constituição da República.

Analisados sob o ponto de vista dos aspectos materiais, os argumentos apresentados em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade arguidas pelo Ministério Público (ADI nº 4.655) e pelos Partidos Políticos DEM, PSDB e PPS (ADI nº 4.645), observa-se que as previsões legais trazidas pela Lei n.12.462 de 2011 podem ser conciliadas com a Constituição da República. Há que se perceber que nossa Carta Magna não traz suficiente regulamentação acerca do tema, estando o mesmo enunciado, em regra, sob a forma de princípios.

Desta feita, conclui-se que a grande dificuldade de argumentação em favor do RDC, então, fica por conta do vício formal. Observa-se a complexidade em identificar a pertinência temática entre a Medida Provisória editada para promover a reorganização da Administração Pública Federal, regulamentando a criação da Secretaria de Aviação Civil e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

4.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

Como explanado anteriormente, o principal fundamento para que fosse instituído do RDC foi a urgência na realização das obras que conferissem a infraestrutura necessária para a realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo (FIFA), das Olimpíadas e Paraolimpíadas. A necessidade de conclusão das obras em tempo hábil findou com a promulgação da Lei n. 12.462 de 2011, que, como já visto, tem sua constitucionalidade discutida no Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Retomando o raciocínio a partir das alegações apresentadas quanto ao vício formal que manifestou-se durante a conversão da Medida Provisória n. 527 de 2001 na Lei n.12.462 de 2011, mais precisamente no momento em que incluiu-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas na normatização, passa-se a analisar as alterações trazidas pela Lei em estudo no prisma da Constituição da República.

O núcleo principal da Medida Provisória citada alhures, não obstante, é o Regime

Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Esta é, primordialmente, uma normal geral de licitação, observando-se a competência da União para legislar sobre normais gerais de licitação e contrato prevista ao teor do artigo 22, XXVII da Constituição Federal, a qual se aplica de forma vinculada aos demais entes que compõe a federação. Neste sentido dispõem Moreira e Guimarães (2012, p. 39) que:

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

Nesse momento, enfrentamos questionamentos que dizem respeito ao fato de a União ter instituído uma modalidade licitatória que seria utilizada, basicamente, em seu próprio benefício. Fato este que é observado quando feita a leitura do § 1º do diploma legal em estudo, onde estão expressos de forma taxativa os casos em que será aplicado o RDC, de modo que, qualquer assunto que não esteja previsto dentre as hipóteses constantes entre os incisos do citado artigo estarão irremediavelmente sujeitos à regulamentação da Lei 8.666 de 1993.

A instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, regulamentando o procedimento licitatório e de contratações públicas de forma distinta daquela trazida através da Lei n. 8.666 de 1993, nos mostra claramente o exercício da União de sua competência privativa para legislar quanto às normas relativas pertinentes às licitações e contratos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

Ainda que esteja incluso no rol das competências privativas da União a atribuição para legislar acerca das normas gerais de licitação e contratação, entende-se, da ótica do Direito Constitucional, que a outorga de tal competência é no fundo concorrente, nos termos do artigo 24, §§ 1º a 4º da Carta Magna.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a

estabelecer normas gerais.

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

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

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

Tal entendimento está fundamentado ao teor do próprio artigo 22, inciso XXVII transcrito alhures, pois o mesmo estabelece que a competência privativa dada a União será para legislar acerca das "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades". Cabe, então, aos demais entes da federação legislar sobre suas particularidades, de maneira suplementar. Esse entendimento é reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, que em outras oportunidades expressou-se no seguinte sentido:

a) Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que estados e municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. (RE 423560, Segunda Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, RT, v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683.)

Baseando-se no fato de que as Leis Federais que tratam das licitações e contratos integram normas gerais que devem ser complementadas pelas demais esferas de governo, pode-se observar que a Lei n. 12.462 de 2011 deveria adaptar-se melhor a tal categoria classificatória, permitindo que as demais esferas da federação a complementação da legislação federal em questão.

Desta feita, o que se pode constatar é que o regime estabelecido por meio da Lei n. 12.462 de 2011 pode apenas ser utilizado quando se tratarem de obras relativas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Tal programa é definido por fonte oficial do governo como sendo um meio para promover "retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, contribuindo para o seu desenvolvimento acelerado e sustentável". Ocorre que tal programa é de iniciativa exclusiva da União e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC só poderá ser aplicado às obras e contratações que a própria União vier a incluir no PAC. Tal disposição retira a possibilidade dos demais entes federativos utilizarem-se do novo regime, sujeitando-os exclusivamente ao que está disciplinado ao teor da Lei 8.666 de 1993.

No que diz respeito à adequação da Lei n. 12.462 de 2011 como lei federal que regulamenta matéria relativa às licitações e contratos públicos, os autores Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios defendem a seguinte posição:

Diferentemente do disposto nas leis 8.666/1993 (regime geral de licitação) e 10.520/2002 (modalidade pregão), a lei instituidora do Regime Diferenciado não consignou expressamente a extensão de sua aplicabilidade aos estados, Distrito Federal e municípios.

Contudo, diversos dispositivos da Lei 12.462/2011 permitem antever que a intenção do legislador foi editar uma norma de caráter nacional, ou seja, aplicável a todos os entes da Federação nela enquadráveis. Assim, em razão dessa aplicabilidade ampla, deve prevalecer o entendimento de que o RDC foi editado com fundamento no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, o qual, além de exigir o caráter de generalidade da norma, fornece o necessário substrato constitucional para que leis da espécie sejam aplicadas a diversos entes da Federação.

O que pode ser observado ao considerarmos o disposto no já citado artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República, é que a Lei n. 12.462 de 2011 deve ser classificada como lei federal sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos. A partir de então, de forma incontroversa, os demais entes que compõe a federação estarão autorizados a adaptar o disposto na lei às suas necessidades, restando questionamentos acerca da legitimidade de competência "para a edição de normas gerais em matéria de licitações e contratos" exercida pela União ao restringir a vinculação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas às ações do PAC.

É notório que, ao exercer sua competência para legislar sobre normas gerais, a União deve agir não só em seu próprio nome, mas de todo o Estado Federal, ou seja, a união indissolúvel de todos os entes federativos, nos termos do dia 1º e 18 da Constituição Federal. Ainda que seja a União responsável por atuar em nome de todos os entes da República Federativa do Brasil, não pode fazê-lo de forma a beneficiar-se ou deliberadamente, em excesso de poder ou em detrimento dos demais entes federativos.

O artigo 1º, IV da Lei n. 12.462 de 2011 guarda um dos pormenores dos aspectos antifederativos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, qual seja, a ausência de critérios objetivos para que sejam inclusas obras do PAC. Desta feita, cabe apenas à União estabelecer quais obras são integrantes do PAC, o que põe os demais entes federativos em posição de submissão às vontades políticas da mesma, pois ainda que haja adesão aos programas de repasse de recursos que se aplicam ao Programa, observa-se que este está acima de tudo atrelado aos desígnios do Governo Federal.

Partindo dessas observações, temos que, analisado o atual cenário a que submete os demais entes da federação à exclusão quanto à utilização do mais benéfico procedimento licitatório em suas contratações, tornou-se inevitável que o Supremo Tribunal Federal - guardião da Constituição da República - avalie tal mecanismo. Cabe ao mesmo avaliar se foi levado em consideração o Princípio da Lealdade Federativa na edição de tal norma, devendo

considerar meios para adaptar as peculiaridades trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a fim de que este aumente sua abrangência, abarcando também os demais entes federativos e conferindo aos mesmos as prerrogativas da União para utilizar-se da nova modalidade licitatória.

4.3 REFLEXOS DE UMA POSSÍVEL DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

No decorrer do presente capítulo foram apontados os argumentos utilizados para que fosse o Regime Diferenciado de Contratações Públicas declarado inconstitucional e, a partir deste momento, serão estudadas as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade do diploma legal e o que esta acarretaria no plano material, levando-se em conta a finalidade que justificou a criação do novo regime.

Busca-se através do novo regime acrescentar economicidade e eficiência às contratações realizadas pelo Administrador através de instrumentos que facilitem a prestação de serviços com maior qualidade. O RDC tem o escopo de proporcionar a conclusão de obras públicas com maior celeridade, afim de que a infraestrutura brasileira seja maximizada em tempo hábil para os eventos esportivos mundiais, sem prejuízo dos princípios trazidos pela Constituição da República, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O Regime Diferenciado de Contratação é bastante controverso e enseja discussões na seara jurídica, dividindo opiniões quanto à sua aplicação, por essa razão, é válido observar as alterações advindas do diploma legal e as vantagens por ele proporcionadas. É conhecido que Governo Federal encontrou-se em uma situação de desconforto, necessitando iniciar as obras que confeririam a infraestrutura necessária para os eventos esportivos de nível mundial da forma mais célere que estivesse ao seu alcance e deparando-se com os entraves impostos pela obsoleta Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666 de 1993). Foi nesse contexto, então, que foram inseridas as alterações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, introduzidas pela Lei n. 12.462 de 2011.

Às vésperas de sediar importantes eventos desportivos, nada justificaria mais a instituição de um novo regime de contratações públicas - que fosse guiado por critérios como economicidade, agilidade e eficiência - que a primordialidade na execução de obras

necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, no intento de que fossem cumpridos os prazos impostos pelos organismos internacionais responsáveis pela consumação dos mesmos. Salientam Rafael Oliveira e Rafael de Freitas (2012, pp. 12):

Ainda que seja configurada, eventualmente, desídia por parte de alguns administradores públicos no planejamento e na execução dos projetos necessários aos referidos eventos esportivos, naquilo que se convencionou denominar de “urgência fabricada”, certo é que não pode a sociedade ser prejudicada pela não realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no país, devendo, no entanto, ser aplicadas sanções aos administradores responsáveis.

A criação de um novo regime de contratações públicas veio para criar ou modificar mecanismos já constantes na Lei Geral de Licitações e Contratos, visando dinamizar procedimentos, tornando-os mais céleres e menos burocráticos. No entanto, para o caso de o Regime Diferenciado de Contratações Públicas encontrar entraves como a declaração de inconstitucionalidade, não foram criadas outras vias. Deste modo, caso fosse declarado inconstitucional o disposto na Lei n. 12.462 de 2011, os eventos citados alhures restariam prejudicados como consequência da morosidade procedimental das contratações submetidas aos ditames da Lei n. 8.666 de 1993.

Voltando a citar o parecer emitido pelo Senador Inácio Arruda, Relator-Revisor do Projeto de Lei de Conversão no Senado Federal, no que diz respeito à necessidade de serem atendidos os prazos estabelecidos pelos comitês internacionais responsáveis pela realização dos eventos desportivos realizados no Brasil, temos:

Quanto ao RDC, entendemos que esse novo regime de licitações e contratos se revela imprescindível para assegurar a conclusão, a bom termo, das obras necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A atual Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666, de 1993 – já conta quase vinte anos de vigência. Seus procedimentos são reconhecidamente burocráticos e, em muitos casos, demonstram ser incapazes de responder ao atual ritmo de desenvolvimento do País, em especial às obras relacionadas aos eventos esportivos a que se refere a presente proposição, considerando os respectivos prazos para realização.

Um fato que chama a atenção e potencializa o risco da adoção do RDC na celebração dos contratos administrativos é que o Governo Federal e o Congresso Nacional aparentemente não consideraram como real a hipótese de a inconstitucionalidade requerida pelo MPF e também por Partido Políticos vir a ser reconhecida pelo STF e, na contramão da prevenção de riscos, ampliaram o escopo do RDC o que certamente estimulou as contratações nesta

modalidade. Os diversos órgãos e entidades da Administração Federal, diante da ausência de qualquer orientação em contrário, vêm direcionando suas contratações para o RDC.

A percepção de que o atraso das obras tornaria os referidos eventos fracassados e traria um descrédito para o País perante outras Nações, maculando sua imagem a nível mundial, transferiu a responsabilidade do êxito ou fiasco - em especial da Copa do Mundo FIFA 2014 - ao Supremo Tribunal Federal. De certo modo, a Suprema Corte viu-se forçada à tomar uma decisão que atendeu aos interesses do Governo Federal, pois, ao julgar inconstitucional a Lei n. 12.462 de 2011, seriam prejudicados os contratos já realizados e conseqüentemente, impedir-se-ia o andamento das obras, causando atrasos e estigmatizando a reputação brasileira.

O mesmo artifício já havia sido utilizado no caso da "Lei da Ficha Limpa". Ocorreu que, quando restou claro que a mesma não estaria em vigor para as passadas eleições, uma vez que não foi aprovada em tempo hábil, deixou-se que a Suprema corte decidisse acerca do assunto. O resultado foi a decisão de que, por claras determinações legais, o diploma só estaria valendo a partir do próximo pleito eleitoral, o que atribuiu - injustamente - ao Supremo Tribunal Federal o título de grande promotor da impunidade.

Buscou-se, mais uma vez, atribuir ao Supremo Tribunal Federal a culpa por um possível evento negativo. Caso a Suprema Corte decidisse pela inconstitucionalidade do RDC, figuraria perante a sociedade como o responsável pelo fracasso nacional na organização dos eventos mundiais. Todavia, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade não foram proferidas quaisquer decisões que impugnassem o disposto na Lei n. 12.462 de 2011.

Neste diapasão, o posicionamento do Advogado Geral da União quanto à ADI n. 4.655, em apoio ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, levou em conta que o Brasil está subordinado às determinações dos órgãos internacionais responsáveis pela realização dos eventos para a realização das obras e contratação dos serviços necessários à realização dos mesmos:

É certo que não poderia o legislador determinar, de forma antecipada e taxativa, quais obras necessárias à realização dos eventos esportivos. A questão merece maior destaque diante do fato de estar o Brasil sujeito a exigências diversas provenientes dos órgãos responsáveis pelos eventos, como a Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA e o Comitê Olímpico Internacional – COI. Portanto, ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a lei sob invecção não poderia antever quais obras, serviços e compras deveriam estar submetidos a referido procedimento.

O Senado Federal posicionou-se no mesmo sentido e, ao manifestar-se com relação a ADI supracitada, sustentou a constitucionalidade e a legitimidade no disposto na Lei do RDC, considerando que a utilização do novo regime em todos os tipos de contratações de obras e serviços tornaria dificultosa a aplicação prática do mesmo, engessando a busca do interesse público pela Administração, estando a mesma fadada ao fracasso:

Evidentemente que a lei atacada não poderia mencionar individualmente todas as obras, serviços e compras a adotarem o regime em todos os Estados e Municípios do país, bem como no Distrito Federal. Previsão deste tipo resultaria incompleta e engessaria ao administrador público.

Há que se observar que, com o decorrer do tempo, a maioria dos eventos regulamentados pela Lei n. 12.462 de 2011 - à exceção dos Jogos Olímpicos e Paraolimpíadas (2016) - já foram realizados, houve a perda do objeto das ADIs, quase totalidade de seu conteúdo. Restaram, ainda, sob a égide do RDC as obras do Programa de Aceleração do crescimento e aquelas realizadas no sistema público de ensino.

O que restou claro foi que a Lei n. 12.462 de 2011 continuou sua vigência apesar das tentativas de que a mesma fosse declarada inconstitucional. O novo diploma legal está em vigor, impondo a obediência aos mesmos princípios constantes na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666 de 1993) e trazendo resultados satisfatórios para a Administração Pública, especialmente quanto à eficiência e praticidade.

Até que a mais alta Corte, finalmente, decida quanto ao mérito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o administrador pode valer-se de suas prerrogativas para contratar particulares e executar as obras concernentes aos Jogos Olímpicos e Paraolimpíadas (2016) - do mesmo modo daquelas relativas à Copa do Mundo FIFA 2014.

4.4 A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DAS INOVAÇÕES POSITIVAS DO RDC À LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituiu através de suas normas avanços significativos no que diz respeito à realização dos procedimentos licitatórios, especialmente por ter se preocupado em atender as recomendações dos Tribunais de Contas. Todavia, como já discutido no presente capítulo, outros dispositivos tem a sua

constitucionalidade questionada através das duas ações diretas de inconstitucionalidade citadas alhures.

O fato é que não faltam razões para criticar a Lei Geral de Licitações e Contratos, como por exemplo, a contratação por preços superiores aos de mercado e a morosidade, que acarreta o aumento do custo do procedimento. A criação de uma lei tão cheia de entraves para regulamentar as licitações e contratações é justificada pela necessidade de redução da discricionariedade do administrador e ampliação os mecanismos de controle. Ocorre, no entanto, que a mesma não logrou êxito. Apesar de burocratizar o procedimento de contratações públicas não alcança o objetivo da sua instituição, qual seja, reduzir a corrupção no âmbito administrativo. Enquanto modelo administrativo, tal estrutura contribuiu para a redução da corrupção e do nepotismo, porém era lenta, dispendiosa e ineficiente.

A partir da necessidade de conferir uma maior simplicidade aos procedimentos, adotou-se no país o modelo administrativo denominado “gerencial”, que possui a prerrogativa de atender às necessidades da população. Com o advento da EC 19/1998, o artigo 37 da Lei Maior passou a vigorar com a introdução da Eficiência em sua redação, transformando-o em um dos princípios basilares da Administração Pública. A partir desse momento, a Lei Geral de Licitações e Contratos passou a não mais satisfazer às pretensões da Administração, que passou a prezar a eficiência.

Apesar das críticas que recebe a Lei Geral de Licitações, Motta; Bicalho (2012, p. 24) analisam o dispositivo a partir da premissa de que o defeito não se encontra unicamente no diploma legal, mas também na sua utilização pela Administração Pública:

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

O raciocínio segue no sentido de que (p. 25):

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

Mais de 20 anos após a publicação da Lei Nacional de Licitação, tramitam na Comissão de Constituição e Justiça propostas para a sua modificação. O relator dos projetos, deputado Fábio Trad, apresentou mais de 200 propostas de alteração ao diploma, dentre as quais podemos destacar a ampliação das hipóteses de utilização do pregão eletrônico e o aumento das penas para crimes licitatórios. O mesmo afirmou que o RDC inspirou alguns dispositivos, mas defende que este deve se manter restrito, uma vez que foi criado para uma finalidade específica e não ser aplicado ao maior número de casos.

De fato, apesar de ter havido uma ampliação nas possibilidades de utilização do RDC (estendido para as ações integrantes do PAC, para as obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS, às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino) que será posteriormente abordada, não se pode permitir que sejam esquecidas as disposições da LNL. Deve-se observar que o caminho para que se logre êxito no aperfeiçoamento do sistema licitatório não será a utilização de um regime excepcional e criado para ter vigência temporária como regra geral para a celebração dos contratos administrativos.

Nesse diapasão, Andrade e Veloso (2012, p. 42) dispõe que:

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

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

Ressalte-se que, mesmo que sejam utilizadas legislações específicas, a Lei 8.666 é de imprescindível observância, devendo ser aplicada de forma subsidiária às licitações realizadas pela Administração Pública. Quanto ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o administrador deve ter ainda mais cautela ao utilizá-lo, pois este é bastante recente e a sua ampliação indevida pode trazer prejuízos ao interesse público. O controle externo deve ser bastante rigoroso, frente à discricionariedade que o novo regime confere ao administrador. Deve-se evitar também prejuízos aos particulares que desejem contratar com o Poder Público, em virtude das novidades instituídas pelo RDC.

Diante das inovações positivas que trouxe o RDC e apesar do fato que de a ampliação do raio incidência do novo diploma é um meio mais simples que a atualização de um regime criado há 20 anos, este não funcionará como a medida mais eficaz na seara das contratações públicas, num mundo globalizado e sedento de eficiência. Deve haver uma alteração significativa dos dispositivos constantes na Lei n. 8.666 de 1993 e não apenas pequenos remendos como ocorre há anos.

Diante dos resultados atingidos com a utilização do novo diploma, que serão discutidos no próximo capítulo, a contribuição que deve ser dada pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas é a incorporação de seus institutos que prosperaram à Lei Geral de Licitação, haja vista que o novo regime trouxe em seu corpo legal, importantes mudanças que há anos se mostravam necessárias dentro do atual contexto social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo licitatório convencionado pela Lei n. 8.666 de 1993, como restou claro, tornou-se obsoleto diante das necessidades da sociedade. Sendo bastante moroso, tornou-se um contratempo na a realização de obras necessárias à recepção dos grandes eventos internacionais pelo Brasil. Tal fato levou o administrador a buscar de desburocratização do procedimento, visando agilizar o certame para que pudesse, assim, concluir as obras necessárias dentro do prazo estabelecido.

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), estudado no decorrer do presente trabalho, foi instituído com o intuito de modernizar os processos licitatórios, dando celeridade ao procedimento e buscando ganhos em redução de prazos, bem como economia para a Administração Pública. O novo regime, apesar de ter sido criado para ter vigência temporária, ganhou espaço na seara das contratações públicas e hoje pode ser aplicado, por exemplo, nos contratos relativos ao PAC.

O RDC, pois, visa ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Não obstante possam ser afastadas as disposições da lei 8.666/1993, mediante menção expressa no instrumento convocatório da adoção do Regime Diferenciado, as licitações e contratações realizadas nesse regime deverão necessariamente obedecer aos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo – acrescidos, ainda, os princípios da eficiência e economicidade.

Os institutos inovadores que traz o diploma legal buscam a materialização de tais princípios. Através da maior informatização dos processos, contratação integrada, remuneração variável e do sigilo orçamentário, por exemplo, buscam conferir a administração a possibilidade de prestar seus serviços dentro de prazos aceitáveis, concluindo obras públicas em tempo hábil e com uma redução de custos, sem o prejuízo dos dispositivos constitucionais aplicáveis às contratações públicas.

Quanto aos reflexos do diploma legal, o impacto do Regime Diferenciado de

Contratação no que concerne a uma real redução de custos das obras para os cofres públicos é reduzida, no entanto, houve uma diminuição significativa do prazo médio de realização das contratações. Tal diminuição é o maior sinal de que o mesmo está, de fato, primando pela eficiência e alcançando seus objetivos nesse aspecto.

No âmbito da constitucionalidade, a Lei nº 12.462/2011 é alvo de inúmeras críticas, dentre as quais, pode-se colocar o questionamento acerca da constitucionalidade por violar o Processo Legislativo (Art. 62), assim como o Princípio da Separação dos Poderes (Art. 2º), ambos esculpidos na Constituição Federal Brasileira. As dúvidas acerca da constitucionalidade da norma residem, principalmente, no polêmico regime de contratação integrada, no fato de não estarem devidamente especificadas quais obras e serviços podem ser contratados pelo RDC, delegando competências que não deveriam passar às mãos de integrantes do Poder Executivo, o que contraria o disposto no art. 37 da Constituição Federal.

O novo regime de contratações é duramente criticado desde o momento de sua criação e entra no nosso ordenamento jurídico com o escopo de superar as dificuldades que acompanham a Lei n. 8.666 de 1993. Com um âmbito de incidência delimitado, o RDC é uma tentativa de testar uma mudança pontual. É como uma experiência, que, se for bem sucedida, poderá ser ampliada e, então sim, levar à reforma das licitações de modo mais amplo. Por isso, os eventuais problemas decorrentes da aplicação do RDC devem ser resolvidos pontualmente, sem comprometer todo o modelo.

É inquestionável que há uma redução gradativa das hipóteses de incidência da Lei n. 8.666 de 1993 em virtude das diversas leis que têm sido criadas para setores específicos das contratações públicas. Aumentar o campo de incidência da Lei do RDC, transformando-a em regra geral apesar do fato de a mesma ter sido criada pra atender necessidades temporárias, no entanto, não é o melhor caminho para a modernização legislativa tão necessária à Administração Pública.

A partir da análise feita durante a elaboração deste trabalho monográfico, conclui-se pela necessidade de modernização da Lei Geral de Licitações e Contratos através de uma efetiva reforma de seus institutos já ultrapassados. No entanto, não se pode ignorar sua existência e esquecê-la por meio da transformação de um regime excepcional em regra geral.

O disposto no novo regime de contratações públicas, principalmente pela já obtida demonstração de resultados, devem ser incorporados à Lei n. 8.666 de 1993 a fim que Lei Nacional de Licitações atender às necessidades da Administração Pública e da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

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

BARROS, Sérgio Resende de Barros. **Lei nº 8.666: Lei Federativa, Revista do TCESP, nº 73, Outubro/93**.

BORGES, André. **Regime Diferenciado de Contratação frustra meta de redução de custos**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3444168/regime-diferenciado-de-contratacao-frustra-meta-de-reducao-de-custos>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 out. 2014.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da União]. Brasília, 22 jun. 1993.

_____. **Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Alterada pelas Leis n. 12.688/2012 e Lei n. 12.745/2012. Diário Oficial [da União]. Brasília, 05 ago de 2011 (edição extra).

_____. **Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 21 jan. 2015.

_____. Tribunal de Contas Da União. **Acórdão nº 3011 de 31 de maio de 2012**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.1:acordao:2012-05-31;3011>>Acórdão TCU 3011/2012. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Senado Federal. **PARECER Nº ___, DE 2011**. Sobre o Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 2011, proveniente da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/93007.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.070/RN**. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754661/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3070-rn>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas para a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016**. Migalhas, São Paulo, 18 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI139518,11049-O+Regime+Diferenciado+de+Contratacoes+Publicas+para+a+Copa+do+Mundo>>. Acesso em: 06 out. 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

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

FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações para a Copa do Mundo e Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/2011**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 46-58, set. 2011. Material da 2ª aula da disciplina Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público – Anhanguera-UNIDERP – REDE LFG, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF: Nota técnica do MPF ao projeto de lei de conversão da MP 512, p. 4;7.

JESUS, Marília Leitão de. **Contratação Integrada pela Infraero: análise do TCU**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25167>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. Ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum eletrônico**. 4. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Em defesa do RDC**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa..pdf> . Acesso em 25out. 2014

KRAWCZYK, Rodrigo. **Contratação pública diferenciada RDC: entendendo o novo regime - Lei nº 12.462/11**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11678> Acesso em:

19 fev. 2015.

LEME, Fernando de Oliveira. **Dos princípios administrativos aplicados ao RDC – Regime Diferenciado de Contratações públicas e suas inovações nas licitações**. Jus Navigandi, São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27408/dos-principios-administrativos-aplicados-ao-rdc>>. Acesso em: 06 out. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros, 24. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1999.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. Del Rey, 9. ed. atual., 2002.

OLIVEIRA, Hercules Alberto; PESSOA NETO, José Antônio; TORRES, Rômulo Braz. **O Regime Diferenciado de Contratações públicas – RDC: A experiência da INFRAERO**. Disponível em: <<http://consadnacional.org.br/wp-content/uploads/2013/05/182-REGIME-DIFERENCIADO-DE-CONTRATA%C3%87%C3%95ES-P%C3%9ABLICAS-RDC-A-EXPERI%C3%8ANCIA-DA-INFRAERO.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2015

REZENDE OLIVEIRA, R. e VÉRAS DE FREITAS, R. **O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados**, in *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 35. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; JÚNIOR, Mário Engler Pinto; PRADO, Lucas Navarro. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**, Atlas, 1. ed., 2012.

SAQUETO, Eloir. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**. Disponível em: <http://www.cemaden.gov.br/cemadenarquivos/outros/2.%20Apresentacao_RDC.pdf> Acesso em: 19 fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645**. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655. Relator: Ministro Luiz Fux**. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Alberto Rodrigues. **Regime diferenciado de contratações públicas é legal?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3839, 4 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26334>>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. **Regime diferenciado de contratações públicas é legal?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3839, 4 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26334>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime diferenciado de contratação**. 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2013.