UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

EXPECTATIVAS SOCIAIS E DECISÕES JURÍDICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Rodolfo Zanon Cavalheiro

Santa Maria, RS, Brasil

2015

EXPECTATIVAS SOCIAIS E DECISÕES JURÍDICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Rodolfo Zanon Cavalheiro

Monografia de Graduação apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch

Santa Maria, RS, Brasil

2015

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

EXPECTATIVAS SOCIAIS E DECISÕES JURÍDICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

AUTOR: RODOLFO ZANON CAVALHEIRO
ORIENTADOR: JERÔNIMO TYBUSCH
Data e Local da Defesa: Santa Maria, 29 de julho de 2015.

O presente trabalho busca analisar as expectativas sociais (políticas, econômicas e jurídicas) que giram em torno do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e as decisões jurídicas construídas na resolução de lides oriundas do novo modelo licitatório. Serão estudadas as contradições do RDC com os critérios usuais de licitar, em oposição à necessidade de rompimento com entraves burocráticos e de atualização dos mecanismos existentes nas licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Para tanto, será exposto o histórico dos modelos de gestão pública que caracterizaram as diferentes fases da Administração Pública brasileira, para, assim, explicitar os motivos que levaram à promulgação da Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC. Será abordada a ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, e o consequente esvaziamento progressivo do regime da Lei n° 8.666/93. O método de abordagem utilizado será o método dedutivo, pois, a partir de um enfoque fático e teórico sobre as licitações públicas no Brasil, pretende-se chegar a uma conclusão sobre quais são os limites e possibilidades para percepção das expectativas sociais e construção de decisões jurídicas acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações; expectativas sociais; campo de aplicação; impactos; decisões jurídicas.

ABSTRACT

Graduation Monografh
Law School
Federal University of Santa Maria

SOCIAL EXPECTATIONS AND LEGAL DECISIONS ABOUT THE PUBLIC CONTRACTING DIFFERENTIAL SCHEME

Author: Rodolfo Zanon Cavalheiro
Adviser: Jerônimo Tybusch
Date and Place of the Defense: Santa Maria, July 29, 2015.

This study aims to analyze social expectations (political, economic and legal) that revolve around the Differentiated Regime of Public Contracts and legal decisions built in resolving litigations arising from the new bidding model. DRC's contradictions will be studied with the usual criteria of bid, as opposed to the need to break with bureaucratic hurdles and upgrade of existing mechanisms in public procurement in the contemporary Brazilian legal system. It will also be exposed the history of public management models that characterized the different stages of the Brazilian Public Administration, to thus explain the reasons that led to the enactment of Law No. 12,462 / 11, which established the DRC. The expansion of the Differentiated Regime of the scope of Public Procurement, and the consequent gradual emptying of the regime of Law No. 8,666 / 93 will be addressed. The approach method used is the deductive method because, from a factual and theoretical focus on public tenders in Brazil, we intend to reach a conclusion about what are the limits and possibilities for realization of social expectations and building decisions Legal about the Differentiated Regime of Public Contracting.

Key-Words: Differentiated regime Hiring, social expectations, scope, impacts, legal decisions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....7

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....11

1.1 Considerações iniciais.....11

1.2 Modelos de Gestão Pública.....15

1.3 O plano de reforma do estado.....22

2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....25

2.1 Licitação pública no Brasil.....25

2.2 Princípios das licitações.....32

2.2.1 Princípio da igualdade.....34

2.2.2 Princípio da legalidade.....36

2.2.3 Princípio da impessoalidade.....37

2.2.4 Princípio da moralidade e da probidade administrativa.....38

2.2.5 Princípio da publicidade.....40

2.2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....41

2.2.7 Princípio do julgamento objetivo.....41

2.3 O Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....42

2.3.1 Contexto histórico e considerações iniciais.....42

2.3.2 Entendendo o novo regime.....47

2.3.3 Princípios da eficiência e da economicidade.....52

2.3.4 Ampliação do campo de aplicação do RDC.....54

3 EXPECTATIVAS SOCIAIS E DECISÕES JURÍDICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....59

3.1 Expectativas sociais.....59

3.2 Regime Diferenciado de Contratações: eficiência e economicidade?.....62

3.3 Decisões jurídicas acerca do RDC.....64

CONCLUSÃO.....72

REFERÊNCIAS.....75

INTRODUÇÃO

A escolha do Brasil como país-sede da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 trouxe forte impacto para o Direito Administrativo brasileiro. As licitações, que até então eram regidas pela Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, passaram a ser questionadas quanto à forma e critérios, diante do receio de não haver tempo suficiente para cumprir as obrigações assumidas.

A realização desses eventos demandaria grande trabalho para o Poder Público em um período de tempo considerado curto. Seria necessária uma alternativa para a realização de grandes obras sem que fosse infringida a Constituição e as normas licitatórias vigentes. Assim, a Lei Geral de Licitações (nº 8.666/93), por ter caráter eminentemente burocrático, passou a ser vista como um entrave para a realização daquelas obras.

Nesse contexto, o Poder Executivo Federal se mobilizou para aprovar um novo regime de contratações públicas, na tentativa de desviar dos procedimentos burocráticos instituídos pela Lei nº 8.666/93, pois poderiam ser um empecilho para a eficiência da realização dos eventos internacionais. Em 04 de agosto de 2011, frente a uma intensa pressão para o cumprimento do das obras dos dois eventos mencionados acima, foi publicada a Lei nº 12.462/11, fruto da Medida Provisória nº 527/11, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

O projeto original previa a aplicação do RDC exclusivamente às licitações e contratos referentes às Olimpíadas e aos aeroportos da Copa do Mundo, mas houve emenda estendendo a sua aplicação a todas as licitações e contratos da Copa do Mundo e a todos os aeroportos das capitais distantes em até 350 km das cidades-

sede.

O campo de aplicação do RDC continuou sendo ampliado e hoje atinge também as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e nas obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, dentre outros.

A Lei nº 12.462/11 foi inserida no ordenamento jurídico como uma via alternativa e sua opção deverá constar no instrumento convocatório e repelirá por completo a aplicação da Lei 8.666/93. Por outro lado, a razão principal de sua criação deve-se preponderantemente ao fato da Administração almejar instrumentalizar-se com maneiras mais céleres, econômicas e eficientes de contratação pública.

Porém, em razão de todo o histórico envolvendo os eventos supramencionados, quais sejam a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, especialmente no que toca à inércia governamental ocorrida por considerável lapso de tempo, desde a escolha do Brasil como sede da realização dos jogos até o início das construções e reformas a serem realizadas, seria inviável a execução das obras e contratações sob o molde da Lei nº 8.666/93.

Estas razões teriam inspirado o encurtamento dos prazos, a simplificação de procedimentos e o cumprimento de metas público-privadas. De qualquer forma, é evidente que o novo diploma é uma flexibilização profunda da licitações, a fim de que se evitasse atraso na realização dos eventos esportivos e dos outros certames compreendidos.

Impõe-se, assim, um estudo aprofundado e crítico sobre as inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, dentro do contexto

político, social e jurídico em que está inserida a Administração Pública brasileira contemporânea, para o fim de verificar o papel do novo modelo licitatório na percepção das comunicações sociais, bem como as expectativas do novo regime, que, ao que tudo indica, possui potencial para se tornar o mecanismo dominante na efetivação das contratações públicas, dentro da estrutura do novo Estado gerencial.

Há diversos projetos de lei que buscam a ampliação das hipóteses de incidência do RDC, o que fatalmente levaria à redução da incidência da Lei n° 8.666. Assim, considerando que um regime inicialmente criado para ter vigência temporária poderá se tornar a nova Lei Geral de Licitações, o que é temerário, torna-se imprescindível a discussão sobre os impactos sociais (jurídicos, econômicos e políticos) possivelmente gerados pela Lei n° 12.462/11.

Desta forma o trabalho busca estudar quais são os limites e possibilidades para percepção das expectativas sociais e construção de decisões jurídicas acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, enquanto evolução no âmbito das licitações públicas na Administração Pública brasileira contemporânea.

O método de abordagem utilizado será o método dedutivo, pois, a partir de um enfoque fático e teórico sobre as licitações públicas no Brasil, pretende-se chegar a uma conclusão sobre quais são os limites e possibilidades para percepção das expectativas sociais e construção de decisões jurídicas acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Para o desenvolvimento deste trabalho, a pesquisa foi dividida em três partes.

No Capítulo 1 (Evolução Histórica da Administração Pública brasileira), tendo em vista que é imprescindível o conhecimento do passado para compreensão do presente, apresenta-se um histórico resumido e modesto das fases da Administração Pública brasileira, com a abordagem dos modelos de gestão pública

instituídos ao longo da história e da Reforma do Estado em 1995.

No Capítulo 2 (O Regime Diferenciado de Contratações Públicas), será feita uma revisitação dos principais aspectos doutrinários do instituto das licitações, bem como dos princípios que as norteiam, para o fim de embasar uma análise mais rigorosa quando do estudo do Regime Diferenciado de Contratações. Também será analisado o RDC propriamente dito, onde serão expostas suas principais inovações e realizada uma comparação com o regime atual, instituído pela Lei n° 8.666/93. O contexto da aprovação da Lei n° 12.462/11, em sede do poder legislativo, será detalhadamente explicitado de forma a facilitar a compreensão do momento político que inspirou sua instituição, bem como da posterior ampliação do campo de aplicação do RDC.

Por fim, o Capítulo 3 (Expectativas Sociais e Decisões Jurídicas acerca do Regime Diferenciação de Contratações Públicas) se destina à análise das expectativas sociais que giram em torno do RDC e das decisões jurídicas que serão construídas tendo como fundamento a nova forma de licitar. O impacto social do RDC é certo e esperado, a questão é de que forma isso ocorrerá, e é justamente isso que será verificar nesse capítulo: quais são os limites e possibilidades em relação à construção de decisões jurídicas e percepção das comunicações sociais acerca do RDC.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

1.1 Considerações iniciais

A Administração Pública pode ser considerada, de modo sucinto, como o conjunto de servidores e órgãos que são mantidos com recursos públicos e possuem o dever de decidir e implementar as ações necessárias à boa gestão da coisa pública e normas para assegurar o bem-estar social. É encarregada, também, de garantir a execução das decisões políticas e está vinculada aos interesses da coletividade. Então é claro que as reformas e evoluções no âmbito administrativo afetam diretamente a sociedade, tanto nos setores políticos, quanto econômicos e jurídicos.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

> [...] pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo, como à gestão mesma dos interesses da coletividade. [...] Subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos a serviço do Estado agindo *in concreto* para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.[1]

A característica essencial do contrato administrativo é a utilidade pública que dele resulta, devendo manter conformidade com as previsões constitucionais e preceitos legais de direito público.

> [...] o controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à Administração e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. Com efeito, desde que à Administração

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 1990, pág. 82.

> incumbem a realização de obras públicas e a prestação de serviços à coletividade, há de ter a correspondente prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-los às exigências do momento, supervisionando, acompanhando e fiscalizando a sua execução ou nela intervindo.[2]

O princípio da função social que rege os contratos privados orienta, também, os contratos administrativos, pois o serviço público prestado pelo concessionário deve estar de acordo com os interesses da coletividade.

Então cabe ao Estado aplicar a função social do contrato administrativo, visando alcançar o interesse público, equilibrando a equação econômico-financeira planejada no contrato. "[...] Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica".[3]

> Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Estado simples a intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses individuais.*[4]

Em relação ao poder de controle do contrato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

> [...] o poder de controle do contrato administrativo não retira ao particular a autonomia da execução dentro das cláusulas avençadas, nem lhe absorve as responsabilidades técnicas e econômicas do empreendimento; apenas

---

[2] Ibidem, pág. 194.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 29.

[4] Ibidem, p. 60.

> permite que a Administração acompanhe sua realização, velando pela exatidão dos trabalhos, orientando-os convenientemente e impondo as modificações que o interesse público exigir ou o avanço da técnica aconselhar, mantida sempre a equação financeira inicial.[5]

No Brasil, observam-se duas estruturas que afetaram diretamente a Administração Pública: a Escola Burocrática, fundada no início da era Vargas, e a Gerencial, na década de 90, efetivada com a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, que é a Emenda da Reforma Gerencial do Estado Brasileiro. O Estado Gerencial não objetiva o fim da burocracia, mas, sim, aprimorá-la, através de institutos como a participação popular em audiências públicas, parcerias com a iniciativa privada e concessão de serviços públicos.

É nesse contexto que surgiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com a publicação da Lei n° 12.462/2011.

> Os regimes de execução de obras e serviços de engenharia, previstos no artigo 8° da Lei, são: empreitada integral, empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e contratação integrada; [...], os demais regimes foram definidos no artigo 2°, I, II e III, de forma em tudo igual à norma contida no artigo 6°, VIII, da Lei n° 8.666[...][6]

A Lei n° 12.462/2011 traz princípios que não os clássicos previstos na Lei n° 8.666/93, como eficiência e economicidade, evidenciando uma tentativa de implementação desse novo modelo de Administração Pública gerencial, de um Estado que pode não ter mais estrutura para praticar sozinho atos unilaterais administrativos.

Inicialmente, a Lei n° 12.462/2011 foi criada exclusivamente para a realização

---

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 195.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 363

da Copa das Confederações, Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, ou seja, a norma tinha prazo de validade.

Ocorre que, certamente por necessidade de atualização dos mecanismos existentes nas licitações públicas e de rompimento com entraves burocráticos, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi estendido às obras do Programa de Aceleração do Crescimento, do Sistema Único de Saúde, às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e, muito recentemente, às ações no âmbito da Segurança Pública.

> O RDC (Lei Federal n.º 12.462/2011) criou um novo sistema de contratações públicas, com a finalidade inicial de viabilizar a realização das Olimpíadas e da Copa do Mundo no Brasil. Buscando alcançar maior celeridade e eficiência às contratações, o RDC inovou em diversos aspectos em relação à Lei nº 8.666/1993, a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas. Muitas de suas medidas incorporam instrumentos licitatórios já experimentados em outros regimes de contratação, a exemplo do pregão, das concessões e das licitações internacionais. Ao longo do ano de 2012, foram incluídas em seu escopo outras áreas cuja urgência é sensível, o que coaduna com o seu objetivo inicial, tais quais as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), incluídas pela Lei nº 12.688; as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, incluídas pela Lei nº 12.722; e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, incluídas pela Lei nº 12.745.[7]

Impõe-se, portanto, um estudo aprofundado e crítico sobre as inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, dentro do contexto político, social e jurídico em que está inserida a Administração Pública brasileira contemporânea, para o fim de verificar o papel do novo modelo licitatório, que, ao

---

[7]SAMPAIO FERRAZ ADVOGADOS. **Seminário Regime Diferenciado de Contratação**.. Disponível em: http://www.sampaioferraz.com.br/Noticias-%7C-Publicacoes.html.2 . Acesso em 01 de jul. de 2015.

que tudo indica, possui potencial para se tornar o mecanismo dominante na efetivação das contratações públicas.

1.2 Modelos de Gestão Pública

A evolução da Administração Pública compreende um processo de aperfeiçoamento dos serviços prestados pelo Estado à população e, no caso do estado brasileiro, isso aconteceu de três formas, em três modelos de gestão pública distintos: a administração pública patrimonialista, da época política do Império, em que o patrimônio do soberano se confundia com o do estado; a administração pública burocrática, da Era Vargas, em que a finalidade era combater o nepotismo e a corrupção da primeira fase; e a administração pública gerencial, cujo objetivo norteador é a otimização dos serviços públicos, com base em princípios como economicidade, efetividade e eficiência.

O primeiro modelo – administração pública patrimonialista – caracterizava os estados absolutistas europeus do século XVII, em que o Estado era visto como extensão dos poderes do administrador público e os servidores públicos nada mais eram do que nobres que recebiam tal título por indicação dos governantes.

O nome “patrimonialista” veio justamente porque o Estado era considerado patrimônio dos governantes, havia confusão entre bens públicos e privados. No Brasil, esse modelo era o que vigia em meados de 1900, em que o Estado era oligárquico, o país era dominado por uma pequena elite de senhores de terra e de políticos patrimonialistas.

Nas palavras de Bresser Pereira:

> O Estado brasileiro de 1900 é ainda um Estado oligárquico em que uma pequena elite de senhores de terra e de políticos patrimonialistas dominavam amplamente o país. Ninguém descreveu melhor do que Raymundo Faoro, em Os Donos do Poder (1957/75) esse Estado, usando o conceito weberiano de burocracia patrimonial ou patrimonialista. Para Faoro o poder político do Estado está concentrado em um estamento aristocrático-burocrático de juristas, letrados, e militares, que derivam seu poder e sua renda do próprio Estado. Ao contrário dos demais autores que estudaram a formação social brasileira no Império e na Primeira República, o regime político para Faoro não é dominado por uma oligarquia de senhores de terra: em uma primeira fase, os senhores de engenho do Nordeste e os coronéis de gado do sertão; em uma segunda, os primeiros plantadores de café do Vale do Paraíba; e finalmente os cafeicultores do Oeste paulista. Estas oligarquias, de acordo com a análise clássica, constituem, juntamente com a burguesia mercantil as classes sociais dominantes. Faoro não as nega, mas entende que estamento patrimonial, enquanto grupo político dirigente, reproduz no Brasil o sistema montado em Portugal no século XIV por Dom João I, o Mestre de Avis: um estamento originalmente aristocrático, formado pela nobreza decadente que perde as rendas da terra, e, depois, vai se tornando cada vez mais burocrático, sem perder todavia seu caráter aristocrático. Este estamento não é mais senhorial, porque não deriva sua renda da terra, mas é patrimonial, porque a deriva do patrimônio do Estado, que em parte se confunde com o patrimônio de cada um de seus membros. O Estado arrecada impostos das classes, particularmente da burguesia mercantil, que são usados para sustentar o estamento dominante e o grande corpo de funcionários de nível médio a ele ligados por laços de toda ordem.[8]

Ainda, refere que:

> É essa elite política letrada e conservadora que manda de forma autoritária ou oligárquica. Não há democracia. As eleições são uma farsa. A distância educacional e social entre a elite política e o restante da população, imensa. E no meio dela temos uma camada de funcionários públicos, donos antes de sinecuras do que de funções, dada a função do Estado patrimonial de lhes garantir emprego e sobrevivência[9]

O modelo de gestão patrimonialista passou a se tornar impraticável com o

---

[8] PEREIRA, Bresser. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial.** Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf . Acesso em 01 de julho de 2015.

[9] Ibidem. p. 5.

surgimento, no século XIX, do capitalismo industrial e das democracias. As necessidades e os interesses mudaram. Se antes o Estado era oligárquico e o patrimônio público se confundia com o privado, o capitalismo passou a exigir a separação entre o mercado e o Estado.

Assim, aliado à necessidade de combater o nepotismo e a corrupção que identificavam o primeiro modelo, surgiu o segundo modelo de gestão pública: a burocrática. Alguns princípios norteavam esse modelo, tais como: a hierarquia funcional, a ideia de carreira pública e a impessoalidade. Esse modelo está bastante presente na Constituição Federal de 1988 e em toda a estrutura administrativa brasileira.

Sobre a administração burocrática, Bresser Pereira entende que:

> Entretanto, enquanto o Estado Patrimonial teve longa duração no seio da Sociedade Mercantil e Senhorial, o Estado Burocrático, na Sociedade Capitalista, Industrial teve vida curta. Curta porque a industrialização chegou tarde e logo começou a ser substituída pela sociedade pós-industrial do conhecimento e dos serviços, curta porque a Reforma Burocrática de 1936 também chegou tarde e foi atropelada pela reforma gerencial, que a globalização imporia e a democracia tornaria possível.[10]

Esse modelo é ínsito à Era Vargas, sendo que, em 1936, foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil e o Departamento Administrativo do Serviço Público, que consolidaram os princípios da burocracia clássica.

Dentre as inovações trazidas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, destaca Bresser Pereira:

> Beatriz Wahrlich, cujo livro A Reforma Administrativa da Era de Vargas constitui a obra fundamental para a análise da Reforma Burocrática no Brasil, assim resume as principais realizações do DASP: ingresso no serviço público por concurso, critérios gerais e uniformes de classificação de cargos,

[10] Ibidem. p. 12.

> organização dos serviços de pessoal e de seu aperfeiçoamento sistemático, administração orçamentária, padronização das compras do Estado, racionalização geral de métodos.17 Além disso, o DASP cooperou no estabelecimento de uma série de órgãos reguladores da época (conselhos, comissões e institutos), nas áreas econômica e social. A partir destes foi criado, entre os anos 30 e os anos 50, um pequeno grupo de empresas estatais, que se constituíram no núcleo do desenvolvimento industrial por substituição de importações.[11]

Sem dúvidas que esse modelo de gestão trouxe grande revolução no âmbito da Administração Pública brasileira, porquanto baseado no formalismo – burocracia - que era necessário para combater os problemas do modelo de gestão patrimonialista.

> A experiência tende, universalmente, a mostrar que a organização burocrática de tipo puramente administrativo – isto é, a burocracia de variedade monocrática – é, do ponto de vista puramente técnico, capaz de atingir o mais alto grau de eficiência e, nesse sentido, é formalmente o meio racional mais conhecido de executar o controle imperativo sobre os seres humanos. Ela é superior a qualquer outra forma em termos de precisão, estabilidade, rigos de sua disciplina e confiabilidade. Ela é finalmente superior tanto na sue eficiência intensiva e no escopo de suas operações, e é formalmente capaz de aplicar todos os tipos de tarefas administrativas.[12]

Foi na fase burocrática que a administração ganhou vida no ordenamento jurídico brasileiro, na forma de normas e procedimentos administrativos. Ocorre que, a burocracia, que parecia ser a solução para o nepotismo e a corrupção, acabou tornando a administração lenta e cara, indo contra as necessidades dos cidadãos.

Bresser Pereira entende como disfunções do modelo burocrático a demora dos procedimentos administrativos e a onerosidade para o Estado, que é

---

[11] PEREIRA, Bresser. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf . Acesso em: 01 de julho de 2015.

[12] GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 162.

consequência disso.[13]

Por fim, a adoção do modelo gerencial de gestão pública surgiu com a Emenda Constitucional n° 19/1998, que foi editada com o objetivo de desburocratizar a Administração Pública brasileira.

Conforme já visto, o modelo burocrático, embora tenha revolucionado a estrutura administrativa brasileira, passou a se tornar insuficiente para as necessidades do Estado. A burocracia exacerbada tornou a máquina estatal muito lenta e pesada, o que gerou desperdício de verba pública e resultado insatisfatório.

Após as duas grandes guerras mundiais, era nítida a necessidade do Estado se reerguer, tanto política quanto econômica e socialmente. Assim, o foco do modelo gerencial era justamente a redução dos custos e o aumento da qualidade dos serviços públicos, tendo o cidadão como beneficiário.

A Administração Pública gerencial reviu as características do modelo de gestão burocrático – hierarquia, subordinação, controle de procedimentos, etc –, passando a priorizar o princípio da eficiência. Emerson Gabardo, em sua obra "Eficiência e Legitimidade do Estado", fala sobre o princípio da eficiência:

> No Brasil, a eficiência tornou-se princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do caput do artigo 37. Isso não implica asserir que a reforma introduziu uma novidade no sistema administrativo nacional. O princípio constitucional da eficiência administrativa já se denotava implícito na Carga Magna. Assim sendo, é importante considerar que a natureza da eficiência como norma constitucional não compreenderá a essência neoliberal que permeou os trabalhos reformadores. A eficiência como mero símbolo ou valor ideológico não se confunde com a sua manifestação jurídico-normativa.[14]

---

[13]PEREIRA, Bresser. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf . Acesso em 01 de julho de 2015.

[14] GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 185.

Acerca da eficiência, Moreira Neto entende que:

> Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, ou atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei. Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência são, por certo, numerosas e diferenciadas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos previamente fixados, que se destinam à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa. Esses parâmetros tanto poderão ser fixados pela lei, como pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (feed-back), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, pois de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle. Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos. [15]

No novo modelo, uma das formas de defender a coisa pública passou a ser o aumento da participação democrática e, inclusive, das entidades não governamentais na realização de políticas públicas. Note-se que, aqui, começa a surgir a prestação de serviços públicos por meio de agentes não estatais, em busca da promoção do princípio da eficiência.

José dos Santos Carvalho Filho entende que:

---

[15] MOREIRA NETO. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.Coimbra: Almedina. 2003, p. 167.

> O primeiro grande passo para mudar o desempenho do Estado como prestador de serviços foi o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela lei nº 8.031, de 12/4/1990. Posteriormente, essa lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9/9/1997, que, embora alterando procedimentos previstos na lei anterior, manteve as linhas básicas do Programa.[16]

Em relação à transferência das tarefas de produção para o setor privado, Maria Sylvia Di Pietro refere que:

> Em todas essas entidades estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, no sentido de que são instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público; por essa razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derrogado por normas de direito público. Integram o terceiro setor, porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta. Incluem-se entre as chamadas organizações não governamentais (ONGs). Todas essas entidades enquadram-se na expressão entidade paraestatal. [17]

Destarte, em síntese, é possível afirmar que a Administração Pública gerencial é embasada na intervenção indireta do Estado na economia. Nesse modelo, o Estado deixa de ser produtor de bens e serviços para se tornar mero regulador da economia e da sociedade.

No Estado gerencial, a própria sociedade passa a assumir as atividades consideradas públicas, seja por transferência de titularidade ou mera delegação do exercício.

No gerencialismo o foco passou a ser a busca de instrumentos para aperfeiçoamento dos processos administrativos, ante a necessidade de rompimento dos entraves burocráticos. No âmbito das licitações públicas, isso refletiu

[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 331.

[17] PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo.** 15.ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 413/414.

diretamente na Lei nº 8.666/93.

Assim, analisar as fases da Administração Pública brasileira até a chegada do modelo de gestão gerencial é fundamental para compreensão dos motivos e do contexto histórico que levaram à instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Lei n° 12.462/11 trouxe novos princípios além daqueles previstos na Lei n° 8.666/93, tais como eficiência e economicidade, o que é, nitidamente, uma tentativa de implementação desse novo modelo gerencial.

1.3 O plano de reforma do estado

Antes de mais nada, é de suma importância contextualizar o quadro econômico, político e social do Brasil nas décadas de 80 e 90. Os anos 80 são comumente conhecidos como “década perdida” em termos de desenvolvimento econômico. O período era de crise, sendo que inúmeras foram as tentativas de reformar monetárias – Plano Verão, Plano Bresser e Plano Cruzado, por exemplo –, porém, todas infrutíferas. A Constituição Federal atual foi promulgada em 1988, possibilitando ao povo que participasse das eleições.

A crise foi agravada na década de 90, e o presidente Fernando Collor fracassou na tentativa de estabilizar a economia, sofrendo processo de *impeachment*. O quadro passou a ser de crise em todos os setores do Estado, inclusive no de gestão de Políticas Públicas. O modelo burocrático já não atendia mais a demanda dos cidadãos. Era necessário repensar o papel do Estado na economia.

Dessa forma, foi lançado, em 1995, no governo de Fernando Henrique

Cardoso, o Plano Diretor da Reforma do Estado, representado pelo o envio da Emenda Constitucional nº 19/1998 ao Congresso Nacional. A Reforma ocorreu em período da história pátria em que os recursos eram escassos e era evidente a necessidade de incremento na competitividade do país.

A Emenda trouxe mudanças significativas para modernização no âmbito administrativo. Tratou, por exemplo, de criar um teto para a remuneração dos servidores públicos e reduzir os gastos com cargos em comissão e funções de confiança, que foram restringidos apenas às atividades de chefia, direção e assessoramento. Tudo se encaminhava para a implementação de princípios como eficiência e ideais de descentralização de dos serviços públicos.

Para Maria Sylvia Di Pietro:

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Trata-se de ideia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que "reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais - operem muito eficientemente". [18]

O gerencialismo enfatizou “a necessidade de um direito público flexível com uma homogeneização cultural ou não de normativos jurídicos”.[19] Porém, não se pode

[18] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 84.

[19] FERNANDES PEREIRA, Maria Marconiete. **O contrato administrativo comparado: influências e convergências**. São Paulo. Atlas S.A, 2005, p. 6978.

esperar que a Reforma do Estado para implementação de um modelo de gestão pública gerencial seja algo linear e imediato, muito pelo contrário, trata-se de um processo, sendo que “[...] a Reforma Gerencial de 1995 durará muitos anos no Brasil. Passará por avanços e retrocessos. Enfrentará a natural resistência à mudança e o corporativismo dos velhos burocratas, os interesses eleitorais dos políticos, o interesse dos capitalistas em obter benefícios do Estado”.

2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Licitação pública no Brasil

Inicialmente, antes de adentrar no tema propriamente dito, cabe tecer algumas considerações sobre os mecanismos licitatórios no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios que norteiam as licitações. Isso, porque o surgimento do Regime Diferenciado de Contratações públicas ocorreu após todo um ciclo na Administração Pública e nas licitações no país, que acompanharam as necessidades e objetivos dos modelos de gestão pública ao longo dos anos. Considerar que o RDC simplesmente "surgiu" ao bel-prazer do legislador seria subestimar a importância da análise da matéria e, inclusive, empobrecer este trabalho monográfico.

Dito isso, é apropriado referir que a "Administração realiza uma série de atividades com o fim de obedecer ao interesse dos administrados".[20] Deve, assim, atuar de forma a preservar os princípios da supremacia da indisponibilidade do interesse público[21], de modo que, como magistralmente declara Ruy Cirne Lima, "O traço característico da atividade assim designada (pública) é estar vinculada, - não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio Às pessoas e aos interêsses (sic) particulares do agente ou órgão que a exercita."[22]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, refere que, "Ao falar-se em procedimento

---

[20] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativ**o. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 225

[21] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 11.

[22] LIMA, Ruy Cirne. **Princípio de Direito Administrativo Brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 22

administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração." [23] Assim, considerando que a Administração deve prezar, em primeiro lugar e sempre, o interesse público, a licitação surge no âmbito administrativo como "[...] um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual." [24]

À Administração cabe:

> […] o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. [25]

Por outro lado, ao particular incumbe "[...] a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações".[26]

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

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com

---

[23] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 373.

[24] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 373.

[25] Idem.

[26] Idem.

> 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.

De igual forma, o art. 175[27] da Constituição Federal refere a necessidade de licitar, ao tratar das outorgas de concessões e permissões.

> Concessão de serviço público é "[...] o instituto através do qual o Estado atribui o exercício e um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta em risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço".[28]

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, permissão:

> [...] em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou utilização privativa de bem público.[29]

Assim, a obrigatoriedade de licitar é constitucional, de modo que, ressalvados as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, os contratos firmados pela Administração Pública deverão ser sempre antecedidos por uma licitação.

Bandeira de Mello (2012, p. 534) entende que licitação é:

> [...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços,

---

[27] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

[28] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 717

[29] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 236.

> outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. [30]

Eros Grau, no julgamento da ADIn nº 3.070/RN, achou apropriado definir licitação como sendo uma espécie de "competição-disputa". Em suas palavras:

> A licitação, assim, há de ser concebida como imposição do interesse público, sendo seu pressuposto a competição. "Competição" é, no entanto, termo que assim ao menos duas significações. Enquanto pressuposto da licitação, competição é possibilidade de acesso a todos e quaisquer agente econômicos capacitado à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia de igualdade (isonomia). Chamemo-la competição-pressuposto. Por outro lado, competição é também disputa, ou seja, no caso, possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas de que outros, uma proposta melhor de todas. Chamemo-la competição-disputa.[31]

Para Carlos Pinto Coelho Motta, a Constituição Federal de 1988 teve papel essencial ao reforçar de forma objetiva a obrigatoriedade e importância do processo licitatório.[32] Tal fato revela-se tão importante porque, como bem expõe Odete Medauar, "[...] a Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo."[33] Deste modo, o procedimento licitatório visa garantir a lisura das contratações entre a Administração Pública e particulares.

---

[30] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534

[31] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.070/RN. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007.

[32] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12a Ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2011. p. 289.

[33] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 312.

Da mesma forma leciona Celso Antônio Bandeira de Mello ao expor que "[...] ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras e serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei."

No Brasil, foi a Lei nº 8.666/93[34] que estabeleceu as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, de modo a regulamentar o art. 37, XXI, da CF/88.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 evidencia quais as finalidades da licitação:

> 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 Lei Geral de Licitações, como é conhecida a Lei nº 8.666/93, é "um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes no direito público brasileiro"[35] Essa lei prevê, em seu art. 22 prevê cinco modalidades de licitação[36]:

---

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

[35] É uma espécie de "regra geral" para a obrigação constitucional de licitar, ou seja, à principio, para o firmamento de um contrato administrativo, se aplicam as disposições da Lei nº 8.666/93.

[36] DI PIETRO conceitua licitação como "[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais

concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Claro que existem outras leis que instituíram outros métodos de licitar que não os usuais, por exemplo: Lei nº 8.987/95[37], Lei nº 10.520/02[38], Lei nº 11.079/04[39] e Lei nº 12.232/10[40].

Licitação[41], também é "o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da administração pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados".[42]

Bandeira de Mello, acerca das finalidades da licitação, previstas no art. 3º, caput, da Lei 8.666/93, refere que:

> Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclames de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira. [43]

---

selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 368.

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

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

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

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

[41] Outrossim, Hey Lopes entende que licitação é "[...] o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente". Ainda, que a licitação é "[...] apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito". MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286.

[42] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 226.

[43] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534

Ainda, que:

> Ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei."

Assim, ante a necessidade de licitar, o agente público deve observar no procedimento licitatório suas finalidades básicas e, também, os princípios[44] gerais e específicos da Administra Pública.

O objetivo principal da licitação como forma da Administração Pública contratar é a seleção da proposta mais vantajosa. E o que seria a proposta mais vantajosa?

O significado de "mais vantajosa" não é necessariamente o de "mais barato", pois, por óbvio, deve ser analisado diante das exigências previstas na Constituição Federal e dos princípios que norteiam a Administração, tais como de eficiência e economicidade.

Isso implica dizer que não há uma regra absoluta para determinar qual a proposta mais vantajosa, a escolha está condicionada às circunstâncias de cada caso. E são essas circunstâncias que deverão ser analisadas e justificadas na licitação.

---

[44] Segundo Bandeira De Mello (2012, p. 547) "[...] os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade, b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento aos princípios anteriores. Afora o princípio da competitividade, que, embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, I, e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência. Os cânones em causa devem obrigatoriamente informar qualquer licitação."

É corriqueiro considerar que o “mais vantajoso” para a Administração está sempre no menor preço. Isso evidencia o entendimento – equivocado – de que a lei consagra a tese de que o mais barato é sempre o melhor, esquecendo-se de questões como a técnica e a qualidade.

Esse entendimento vai contra os princípios da razoabilidade, eficiência e economicidade, que regem os atos administrativos e os procedimentos licitatórios, e também não corresponde ao disposto na Lei 8.666/93.

Analisar detalhadamente cada modelo licitatório não é o cerne do presente trabalho. O ponto a que se quer chegar é a última modalidade de licitação, que é a prevista na Lei nº 12.462. Essa foi a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, verdadeiro objeto de análise neste trabalho monográfico.

2.2 Princípios das licitações

A Administração Pública, conforme já visto, é norteada por princípios basilares. E "Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência."[45]

De igual forma, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos.”[46]

Sobre os princípios, cabe mencionar as palavras de Maria Sylvia:

---

[45] CRETELLA JUNIOR, José. **Revista de Informação Legislativa**, V. 97:7. p. 4.

[46] MELLO, Celso B. de. **Elementos de direito administrativo**. 29ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012 1986, p. 230

> A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111). A Lei nº 9. 784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além disso, outras leis esparsas fazem expressa referência a princípios especí ficos de determinados processos, tal como ocorre com a Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitação e contrato, e com a Lei nº 8.987, de 13-2-95, sobre concessão e permissão de serviço público. [47]

Logo, é evidente que os princípios jurídicos devem ser compreendidos, valorizados e aplicados, porém, sempre em harmonia com direito positivo, é claro. Especificamente sobre o procedimento licitatório, não há uniformidade na doutrina quanto à indicação dos seus princípios basilares. Até porque a licitação propriamente dita já é um princípio a que se vincula a Administração Pública.

A licitação "[...] é uma 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."[48]

O princípio da indisponibilidade do interesse público é fundamental para compreensão dos demais princípios que regem as licitações, pois a existência destas é consequência daquele.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo

---

[47] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 64.

[48] Ibidem. p. 377.

direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos".[49]

Dessa forma, os interesses da coletividade devem prevalecer sobre o interesse do agente público ou da Administração Pública: interesse público não está à disposição do administrador ou de qualquer outra pessoa. Por isso, a necessidade de realização de procedimento licitatório para contratações é exigência do próprio interesse público, além da legalidade.

Claro que "A exigência decorre também da Constituição, por força do [...] artigo 37, XXI, e do artigo 22, XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades […]".[50]

Cabe fazer uma breve referência a alguns princípios das licitações, sendo que, com base no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, é possível identificar os seguintes princípios jurídicos aplicáveis às licitações – legalidade; impessoalidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; e julgamento objetivo, que serão analisados no item a seguir.

2.2.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos alicerces da licitação, pois, além de possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação deve assegurar a igualdade de direitos entre os que estiverem interessados em contratar.

Está expressamente previsto no inciso XXI, do art. 37 da CF/88, senão

---

[49] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 378.

[50] Idem.

vejamos:

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

De igual forma, a Lei nº 8.666/93 estabelece a necessidade de observância ao princípio da isonomia nas licitações:

> Art. 3º. A licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifei)

E no parágrafo 1º do mesmo artigo, o princípio pode ser encontrado de forma implícita – princípio da competitividade:

> § 1 **É vedado** aos agentes públicos:
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu **caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5 a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifei)

A palavra isonomia vem do grego, isos, = igual, e nomos significa “igualdade de todos perante a lei”. Assim, o princípio vincula todas as manifestações da Administração Pública de forma incondicional e evidencia a preocupação do

legislador em evitar discriminações ou privilégios na “competição” que é o procedimento licitatório.

> […] constitucionalmente a igualdade garante a igualdade. O paradoxo é apenas aparente. A igualdade formal garante a igualdade material. Se todos são iguais na aplicação da lei, no sentido de que a lei indiscriminadamente a todos se aplica, mas se o seu conteúdo não abriga a isonomia, há violação da igualdade material. Se reversamente a lei isonômica a todos não se aplica, nem todos são iguais perante a lei: iguais serão apenas os beneficiários da sua aplicação, ficando de fora da isonomia os que não o forem. Nessa última hipótese, há violação da igualdade formal. Por isso se diz que a igualdade garante a igualdade. Essas normas somente podem ser interpretadas uma em conexão com a outra. Se essa conexidade for desconsiderada, abre-se oportunidade à aplicação da igualdade apenas forma (igualdade perante à lei), com prejuízo à igualdade material (igualdade na lei).[51]

Assim, o princípio da igualdade é fundamental para o procedimento licitatório. Não precisa muito para perceber que de nada adiantaria a obrigatoriedade da licitação para os contratos administrativos, sem que fossem garantidas condições iguais a todos os interessados.

2.2.2 Princípio da legalidade

Esse princípio vincula não só a Administração Pública e o procedimento licitatório, como o próprio Direito em si. Na academia, o princípio da legalidade é referido inúmeras vezes, em todas as esferas da lei – penal, cível, legislação tributária e etc.

Ainda, é a regra básica tratando-se direito público, segundo a qual o poder deve ser exercido pelos órgãos do Estado em total acordo com o direito. Todos procedimentos são dependentes ao comando da lei e às exigências do bem da comunidade.

---

[51] **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**, nº 3, v.2: 320-1. p. 3.

Sobre o princípio da legalidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere que:

> O princípio da legalidade, já analisado no item 3.3. I em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nQ 8.666/93, cujo artigo 4Q estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1 Q têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei. Tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento. Além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nQ 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4Q, 41, § IQ, 101 e 1 13, § IQ), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nQ 8.429, de 2-6-92. [52]

Assim, o princípio da legalidade torna imperativo que a Administração Pública aja sempre à luz do que está previsto em lei.

Lúcia Valle observa que “Há de se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão somente, dos expressamente por ela permitidos.”[53]

2.2.3 Princípio da impessoalidade

Esse princípio “deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de

---

[52] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 384.

[53] FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 65.

autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas".[54] Segundo o princípio da impessoalidade, para melhor alcançar o interesse público na licitação, o agente público deve agir sempre buscando o bem comum; não há espaço para defesa de interesses pessoais, sob pena de comprometer os interesses coletivos.

"A impessoalidade define que o administrador deve tratar todos os licitantes com absoluta neutralidade"[55] Assim, está diretamente relacionado ao princípio da isonomia, pois, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade é "uma tentativa de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração".

Hely Lopes Meirelles entende que a finalidade dos atos da Administração Pública deve ser alcançar o interesse público, e que, "Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outros objetivos ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros"[56]

2.2.4 Princípio da moralidade e da probidade administrativa

"O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos presáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a

---

[54] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

[55] RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111.

[56] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

parte”.[57]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a moralidade é um “princípio vago e impreciso, ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade”[58], e que:

> […] a moralidade administrativa como o "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração"; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que "é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário". Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente. Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

O princípio da probidade administrativa decorre da moralidade e busca obstar que a Administração Pública aja de forma a prejudicar o erário. Está previsto tanto na Constituição Federal quanto na Lei nº 8.666/93.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 – busca punir o agente público desonesto, ímprobo. Os tipos ali previstos dependem de comprovação de dolo ou culpa (em caso de atos que causam danos ao Erário).

Insta ressaltar que improbidade não se trata de agente público incompetente, mas, sim, desonesto, que administra a coisa pública com má-fé.

---

[57] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 541

[58] ZANELLA DI PIETRO. Maria Sylvia. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.77.

Muito embora não utilize a expressão “improbidade administrativa”, tratando-se de licitação, a Lei nº 8.666/93 também possui dispositivos destinados a punir agentes públicos desonestos. As penas às infrações são severas e estão nos arts. 89 a 99 – Seção III (Dos Crimes e Das Penas) da Lei Geral de Licitações.

2.2.5 Princípio da publicidade

Além de consistir na divulgação do procedimento licitatório para que todos os interessados tenham ciência, a publicidade busca garantir também que tomem conhecimento de cada fase do procedimento, para que possam fiscalizar sua legalidade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão”.[59]

Esse princípio pode ser observado em inúmeros dispositivos da Lei nº 8.666/93, por exemplo: a previsão de que a licitação não poderá ser sigilosa (art. 3º, §3º), todos os atos serão públicos e acessíveis ao povo; o art. 4º possibilita a qualquer cidadão que acompanhe o procedimento licitatório.

Assim, qualquer cidadão pode denunciar irregularidades e requerer a instauração de investigações administrativas para apurar se a licitação está de acordo com a Lei, pois toda a população terá acesso ao teor do procedimento.

---

[59] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 541

> Art. 7o As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:
> § 8o Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada. [60]

2.2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Esse princípio está consagrado no art. 41 da Lei nº 8.666/93, que impõe à Administração Pública que cumpra todas as regras previamente estipuladas no edital da licitação - "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".[61]

Assim, o ato convocatório vincula o gestor público e os licitantes, é a "lei da licitação". É no instrumento convocatório (edital) que estarão previstas todas as condições do procedimento licitatório, porém, a vinculação não afasta a possibilidade de negociação entre as partes.

2.2.7 Princípio do julgamento objetivo

Assim como o princípio da improbidade está para o da moralidade, o princípio do julgamento objetivo está para o da vinculação ao instrumento convocatório: um decorre logicamente do outro. Isso porque, por óbvio, a análise das propostas dos licitantes deverá ocorrer com base nos critérios previstos no edital do certame.

Esse princípio está elencado nos arts. 44 e 45 da Lei nº 8.666:

---

[60] Lei nº 8.666 de 1993.

[61] Idem.

> Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
>
> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

"Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite."[62]

Não obstante, esse princípio "Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45)."[63]

2.3 O Regime Diferenciado de Contratações Públicas

2.3.1 Contexto histórico e considerações iniciais

O Brasil foi escolhido para sediar a Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, assumindo, assim, o compromisso de realizar os eventos através de acordos firmados com as organizações internacionais envolvidas.

---

[62] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 275

[63] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 275

Com a FIFA, foi firmado o Caderno de Encargos[64] para a realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo de Futebol[65]. Por outro lado, com o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional foi realizado o Acordo da Cidade-Sede[66] para a realização das Olimpíadas e das Paraolimpíadas, na cidade do Rio de Janeiro.

Cabe referir que, em 2003, ficou acertado que a Copa do Mundo de 2014 seria na América do Sul. Além do Brasil, Argentina e Colômbia manifestaram interesse em sediar o evento, mas depois desistiram. Em 2006, o Brasil foi escolhido pela Confederação Sul-Americana de Futebol como o único candidato do continente. O Brasil foi anunciado como país-sede da Copa de 2014 em 2007, pela FIFA.

Isso implica que, da data do anúncio até a realização da Copa do Mundo de 2014, havia um intervalo de 7 anos. Tempo mais do que suficiente para executar as obras de infraestrutura para sediar o evento, caso feita um comparação com outros países que já haviam sediado uma Copa do Mundo anteriormente.[67]

Assim, ante o compromisso assumido, se iniciou no país uma grande mobilização para a construção da infraestrutura dos jogos, de forma a atender a

---

[64] http://www.portal2014.org.br/noticias/1125/CONHECA+AS+EXIGENCIAS+DA+FIFA+PARA+OS+ESTADIOS+DA+COPA.html Acesso em 30.06.2015

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

[66] O Acordo da Cidade-Sede é assinado por todas as cidades candidatas e ratificado pela cidade eleita para sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. Ele especifica em detalhes os direitos e obrigações de todas as partes envolvidas na organização dos eventos.

[67] "Tomando como base somente as arenas, o Brasil pode dizer que está 66,6% pronto para o Mundial. No mesmo período, em 2006, a Alemanha estava 100% pronta, enquanto a África do Sul, em 2010, poderia se considerar 80% preparada para receber o torneio".http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140303_copa_100dias_rm. Acesso em: 01/07/2015

todos os prazos estabelecidos. Isso, somado à falta de planejamento da Administração Pública, fez com que o governo federal buscasse instituir um regime diferenciado de contratações públicas, em que princípios como eficiência e economicidade seriam norteadores da nova forma de licitar, sob o argumento de que a Lei n° 8.666/93 era incompatível com a situação nacional. Nesse contexto, a criação de um regime excepcional de licitações demonstra a busca por maior celeridade, transparência, eficiência e simplificação dos procedimentos para a realização de contratos administrativos.

O Executivo federal, diante da falta de celeridade dos procedimentos licitatórios no país e da alegada escassez de tempo para a execução das obras necessárias, editou as Medidas Provisórias n° 488 e 489, que perderam a eficácia por não terem sido apreciadas no prazo legal.

Foi através da Medida Provisória n° 527/11, criada inicialmente para modificar a estrutura organizacional dos órgãos da Presidência da República e criação da Secretaria de Aviação Civil – dentre outras previsões que sequer mencionavam licitações –, que surgiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por meio de emendas parlamentares.

Durante a tramitação da Medida Provisória na Câmara dos Deputados, foi apresentado o Projeto de Lei de Conversão n° 17/11, que foi aprovado pela Câmara e pelo Senado, e sancionado pela Presidente da República, sendo promulgada, então, a Lei n° 12.462/11. Posteriormente, o RDC foi regulamentado pelo Decreto n° 7.581/11.

> O Regime Diferenciado de Contratações foi aprovado pelo Senado Federal por meio do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011, originário da Medida Provisória nº 527- B/2011. O projeto original previa a aplicação do RDC exclusivamente às licitações e contratos referentes às Olimpíadas e aos

> aeroportos da Copa do Mundo. O projeto foi emendado para estender sua aplicação a todas as licitações e contratos da Copa do Mundo e a todos os aeroportos das capitais distantes em até 350 km das cidades-sede. A Medida Provisória foi convertida na Lei Federal nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. [68]

A constitucionalidade da Lei n° 12.462/11 é bastante questionada por alegações de vícios formais e materiais. Formais, devido ao abuso do poder de emendar, pois, muito embora exista previsão legal de emendas parlamentares nas medidas provisórias, é necessário que guardem pertinência entre o objeto da emenda e o conteúdo emendado; e materiais, pois a lei não estabelece parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e demais compras que deverão seguir o RDC, sendo que os dispositivos acerca da contratação integrada e da empreitada integral são duvidosos por implicar no aumento da liberdade e responsabilidade do contratado.

Outras inovações da Lei n° 12.462 também são controvertidas, como a inversão da fase de habilitação, a remuneração variável, a restrição à publicidade de determinados atos e a fase recursal única.

Inclusive, há duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei n° 12.462/11 em trâmite no STF: a n° 4.645/11, ajuizada pelos partidos políticos PSDB, DEM E PPS; e n° 4.655/11, ajuizada pelo procurador-geral da República, Roberto Gurgel.[69]

---

[68] http://www.planejamento.gov.br/ Acesso em 04/07/2015

[69] O Procurador Geral da República Roberto Gurgel, ajuizou a ADI nº 4.655 contra a Lei do RDC. O Impetrante alega ser matéria estranha à tratada na Medida Provisória. Que a Lei não fixa parâmetros mínimos para identificar as obras, serviços e compras que deverão ser realizados por meio RDC; Que é desproporcional o poder de decisão do Executivo; Cita a experiência dos Jogos Pan-americanos de 2007, onde o Poder Público não conseguiu organizar-se quanto às obras que deveriam ser realizadas; Afirma que esta foi uma das razões que o planejamento de 300 milhões de reais passou para 3 bilhoes de reais, entre outros questionamentos. A referida ADI, por prevenção foi distribuída ao eminente Ministro Luiz Fux, que proferiu despacho identido à ADI nº 4.645, nos seguintes termos:

Inicialmente, a vigência do RDC estava restrita à realização dos eventos esportivos no país, ou seja, era temporária. Bastava a simples leitura dos dispositivos legais para chegar à conclusão de que não haveria mais fundamento para a utilização do Regime Diferenciado nas licitações, porquanto a própria lei limitava a nova forma de licitar à Copa do Mundo e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos.

A situação mudou com o advento das Leis n°s 12.688/12, 12.745/12, 12.722/12 e 12.980/14, que alteraram o campo de incidência do RDC. O novo modelo licitatório passou a ser aplicável também às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Recentemente – muito recente! - a Medida Provisória nº 678 de 23 de junho de 2015 incluiu mais um inciso ao art. 1º da Lei nº 12.462/11. Trata-se de nova ampliação do campo de aplicação do RDC, pois a Administração Pública poderá optar por usá-lo nas ações no âmbito da segurança pública.

Importante frizar que não é objeto deste trabalho analisar o procedimento do Regime Diferenciado de Contratações propriamente dito. Não se está aqui diante de tentativa doutrinária de esgotar o tema, nem mesmo de analisar a

"(...) Reveste-se a matéria de indiscutível relevância e de especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, razão pela qual determino a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. Notifiquem-se o Presidente da República e o Congresso Nacional para a prestação de informações no prazo de dez dias. Após, remetam-se os autos, sucessivamente, à Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, para manifestação nos respectivos prazos quinquidiais. Publiquese.". Disponível em http://www.stf.jus.br. (Acesso em 04/07/2015). Não há no entanto, até a presente data, decisão do STF, conforme verificação no site , (Acesso em 04/07/2015).

(in)constitucionalidade do nomo modelo licitatório.

Aqui, o enfoque é social. A opção pelo RDC afasta totalmente o procedimento previsto na Lei nº 8.666/93, ou seja, os dois modelos são incompatíveis entre si. Ocorre que, diferente do que vem acontecendo com o campo de aplicação da Lei nº 12.462/11, a Lei Geral de Licitações é utilizada como base para as licitações públicas desde 1993, e é o espelho de sua época. Fernando Collor recém havia sofrido processo de impeachment, ante inúmeros escândalos no âmbito das contratações públicas. Isso, por si só, é capaz de justificar o fato de a Lei nº 8.666/93 ser cheia de formalidades e requisitos burocráticos.

Será que, repentinamente, a burocracia passou a se tornar um entrave à celeridade de que necessitam os procedimentos licitatórios?

Existe a possibilidade de princípios e objetivos que visam garantir agilidade e segurança colocar em risco todo o sistema de contratação e licitação de obras no país.

Aqui está o "x" da questão: analisar quais são as expectativas sociais que giram em torno do novo modelo licitatório, de que forma a Lei nº 12.462/11 irá afetar a construção de decisões jurídicas e quais são os limites e possibilidades para a percepção das comunicações entre os sistemas sociais.

2.3.2 Entendendo o novo regime

Primeiramente, cabe referir que a instituição do RDC não é a primeira tentaviva do governo de transpor os entraves burocráticos da Lei nº 8.666/93. Conforme visto no capítulo 2, item 2.1, deste trabalho, existem outras modalidades de licitação que não as previstas na Lei Geral.

Já se esperava, há muito, a flexibilização do procedimento de licitação e contratação pela Adminsitração Pública, tendo a Lei nº 8.666/93 sofrido sucessivas alterações e adaptações ao longo dos anos – dezenas de emendas constitucionais, medidas provisórias e inúmeras normas regulamentadoras – que impactaram diretamente no procedimento licitatório brasileiro.

Diante disso, a Lei Geral de Licitações "chegou a ser denunciada como um "plexo indefinido de normais gerais", acompanhadas de regras procedimentais com predominância meramente burocratizante."[70]

A Lei nº 8.666/1993, há longo tempo, é criticada pelo excesso de formalidades que resultam na morosidade de todo o procedimento licitatório. Essa morosidade é apontada por muitos como pretexto para justificar a ineficiência do governo nas contratações realizadas Administração Pública.

Exemplos claros disso são a legislação do pregão – Lei nº 10.520/02 –, e as regras determinadas para a realização de parcerias público-privadas – Lei nº 11.079/04 – ou de concessão de serviços públicos – Lei nº 9.987/95.

No caso das parcerias público-privadas, já haviam alguns "atalhos" à Lei nº 8.666, tais como a inversão de fases, a desnecessidade de projeto básico e a cooperação recíproca.

Ocorre que, independente das inovações trazidas, essas legislações não possuíam total autonomia em relação à Lei Geral de Licitações, sem falar que muitas contratações públicas no país seguiam "escravas" da Lei nº 8.666/93.

Conforme dispõe o art. 12 da Lei nº 12.462/11, o procedimento de licitação ocorrerá nas seguintes fases, em ordem: preparatória; publicação do instrumento

---

[70] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12a Ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2011.

convocatório; apresentação de propostas ou lances; julgamento; habilitação; recursal; e encerramento. O parágrafo único do mesmo artigo prevê a possibilidade de, mediante ato motivado, a habilitação ocorrer antes da apresentação de propostas ou lances e o julgamento.

O procedimento licitatório da Lei Geral de Licitação, todavia, segue uma ordem distinta, onde a habilitação é prévia ao julgamento das propostas oferecidas pelos licitantes. Dessa forma, no procedimento licitatório tradicional, a análise das propostas apresentadas está diretamente condicionada ao preenchimento das exigências para a habilitação das empresas licitantes.

A fase de habilitação consiste na verificação da idoneidade e da capacidade dos particulares que manifestaram interesse em contratar com a Administração Pública. Cabe referir que a inversão das fases – o julgamento das propostas em momento anterior à habilitação – já foi prevista em outras leis anteriores à Lei 12.462/11.

Por exemplo, a Lei do Pregão trouxe previsão nesse sentido, que acabou se tornando= uma das mais relevantes características dessa modalidade licitatória. Ainda, a Lei das Parcerias Público-Privadas trouxe essa questão no art. 13, como uma faculdade conferida à Administração.

No entanto, na Lei 12.462/11 a inversão de fases não é uma opção da Administração, mas, sim, uma regra geral. A inversão é impositiva justamente em razão da necessidade de atribuir às licitações maior celeridade, já que a habilitação é uma das etapas mais complexas e demoradas do procedimento licitatório. Logo, é óbvio que, analidando-se previamente as propostas, o número de habilitações que serão examinadas será reduzido e, consequentemente, o procedimento será mais célere.

A inversão de fases é aspecto bastante polêmico da Lei nº 12.462/11, porém, há de se considerar que "A doutrina e a jurisprudência sempre definiram a 'inversão de fases' com fulcro no modelo da Lei 8.666/93, segundo o qual a habilitação dos licitantes vinha antes do julgamento das propostas."[71]. Logo, é claro que o inverso do modelo da Lei Geral seria realizar primeiro o julgamento e depois a habilitação.

É preciso entender, portanto, "que a Lei do RDC institucionalizou, como procedimento padrão, a habilitação pós-julgamento o art. 12. Tendo-o feito, passa a designar como inversão de fases o modelo tradicional de habilitação prévia ao julgamento [...]"[72] .

Sobre a inversão de fases:

> No modelo tradicional, a ordem das fases tem por objetivo evitar que o conhecimento dos termos da proposta faça com que a Administração seja mais tolerante no que diz respeito ao exame dos requisitos de habilitação. Partiu-se do pressuposto de que a prévia ciência acerca do conteúdo da oferta poderia acarretar a conivência da Administração quanto a eventuais incompletudes e defeitos na documentação apresentada pelo licitante. Por conta disso, restou definido que a fase de habilitação deveria ser anterior ao julgamento das propostas.[73]

Ainda, a Lei nº 12.462/11, em seu art. 1º, trouxe novos objetivos para as licitações públicas, se comparados com os previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93: 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 o tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

---

[71] MOTTA; BICALHO. **Direito Administrativo Brasileiro.** 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012, p. 172.

[72] MOTTA; BICALHO. **Direito Administrativo Brasileiro.** 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012, p. 172.

[73] LEFÈVRE (2012, P. 212)

Como se pode ver, o RDC é modelo licitatório bastante distinto do previsto na Lei nº 8.666/93, o que demonstra a nítida preocupação do governo em acelerar o procedimento tradicional de licitar.

Para entender as inovações trazidas pelo RDC, é fundamental comparar o seu procedimento com o previsto na Lei nº 8.666/93:

a) Orçamento sigiloso: no RDC, o valor do contrato estimado pelo governo não é revelado aos interessados no certame, enquanto na Lei das Licitações a divulgação de um preço de referência é informação obrigatória e básica da concorrência;

b) Inversão de fases: no RDC, a habilitação técnica e o plano de negócios da empresa só são analisados após ela ser declarada vencedora, se oferecer o melhor preço para execução do empreendimento. Outrossim, na Lei de Licitações, todos os concorrentes têm suas habilitações analisadas previamente, para somente depois ser escolhida a proposta mais vantajosa para a Administração;

c) Contratação integral: pelo RDC, o governo pode fazer a contratação integrada da obra e de seus estudos com o mesmo fornecedos, que fica responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo de engenharia. Pela Lei nº 8.666/93, é proibido fazer a licitação de um empreendimento sem a elaboração prévia do projeto básico de engenharia;

d) Remuneração variável: um contrato firmado pelo RDC pode permitir que a empresa escolhida receba bônus de acordo com o seu desempenho e metas estabelecidas. Não há esse tipo de flexibilização na Lei nº 8.666/93;

e) Escolha de proposta: se o vencedor de uma concorrência por RDC desistir do contrato, o governo pode acatar a segunda melhor oferta, enquanto que, pela Lei de Licitações, o segundo colocado só é escolhido se concordar em acatar as

condições financeiras feitas pelo primeiro colocado.

> Não há dúvida de que, com a proximidade dos aludidos campeonatos mundiais, já com datas definidas, há necessidade de acelerar os procedimentos licitatórios, sob pena de ficarem inconclusas as obras necessárias a esse fim. Esse é o grande objetivo do RDC, resumido no inciso I do artigo 32, com a ideia de ampliar a eficiência.[74]

É desnecessário para este trabalho analisar todos os princípios e objetivos do RDC, porquanto muitos são decorrentes da própria finalidade das licitações públicas e, portanto, já foram analisados no capítulo 2, item 2.2, deste trabalho.

Porém, é imprescindível tecer algumas considerações sobre os dois novos princípios trazidos no texto da Lei nº 12.462, que, sem dúvida alguma, norteiam o novo modelo licitatório. São os princípios da economia e da eficiência.

2.3.3 Princípios da eficiência e da economicidade

Estão previstos no art. 3º da Lei nº 12.462/11:

> 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. (grifei)[75]

Note-se que, com exceção dos dois princípios ora em análise, todos os outros são os mesmos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666.

A conceituação da eficiência é fundamental para o presente trabalho, tendo

---

[74] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 456.

[75] Lei nº 12.462 de 2011.

em vista que foi utilizada como motivação, como fundamento para a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

No contexto da Administração Pública, eficiência é a busca pelos melhores resultados, é a tentativa de oferecer à população serviços da melhor qualidade possível. Os serviços devem satisfazer as necessidades públicas com o menor custo possível, assim, o princípio está ligado à relação direta entre os recursos empregados e suas consequências.

A eficiência é uma finalidade da Administração Pública:

> Inicialmente cabe referir que a *eficiência,* ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido- salvo se deixou de ser em recente gestão pública – *finalidade* da mesma Administração. Nada é *eficiente* por princípio, mas por conseqüência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro.[76]

Assim, "[...] a eficiência administrativa é atingida pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais), para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários [...]"[77], de modo que sua observância no RDC tem função de conduzir e nortear todas as diretrizes do novo modelo.

Por outro lado, o princípio da economicidade consiste no atendimento das necessidades estatais através da aquisição de bens ou serviços buscando a maior

---

[76] LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.

[77] SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 655-656.

economia de gastos, o que é feito selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração, de acordo, claro, com os critérios e o objeto previsto no edital.

Em outras palavras, a economicidade implica em considerar a atividade da Administração Pública sob o prisma econômico. Os recursos públicos são caracterizados por sua indisponibilidade e escassez, de modo que se torna imperativo utilizá-los para que os melhores resultados econômicos sejam produzidos.

Em atenção a esse princípio, a lei do RDC, no art. 18, trouxe ao ordenamento novos critérios para julgamento das propostas dos licitantes, buscando uma melhor relação custo-benefício na realização de contratos administrativos.

2.3.4 Ampliação do campo de aplicação do RDC

Conforme já exposto, a Lei nº 12.462/11 foi promulgada no intuito de dar maior celeridade aos procedimentos licitatórios no Brasil, em razão da escassez de tempo para execução das obras necessárias à realização dos eventos esportivos internacionais.

Para grande parte dos doutrinadores, a vigência temporária da norma era algo certo:

> 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. [78]

[78] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p.

A questão é que, desde quando promulgada em sua redação original – sem os incisos do IV ao VII –, a lei que instituiu o RDC não demarcava exatamente qual seria o campo de aplicação do novo regime, a demarcação era genérica. A ligação entre a norma e a realização dos eventos esportivos era clara, porém, a forma como o texto foi redigido não permitia a identificação exata de quais seriam as obras e ações objetos do novo modelo licitatório.

Conforme o art. 1º da Lei nº 12.462/11, o RDC é "[...] aplicável exclusivamente **às licitações e contratos necessários à realização**" (grifei). Ora, a expressão grifada abre uma grande margem de interpretação, simplesmente não há como definir qual seria exatamente o campo de aplicação do RDC. As licitações pelo regime diferenciado poderiam abranger tanto obras para a construção dos estádios de futebol, quanto intervenções de mobilidade urbana, assim como tantas outras ações consideradas "necessárias à realização..."

Tudo dá a entender que já havia, desde o início, uma intenção do legislador em dar outras finalidades à Lei nº 12.462/11, além da mera aplicação temporária para a realização dos eventos. Até porque, de certa forma, não haveria lógica criar um modelo mais célere e, teoricamente, mais eficiente, para depois voltar a um modelo com formalismo exacerbado.

Na verdade, a destinação do RDC "exclusivamente" para as obras da Copa e das Olimpíadas/Paraolimpíadas consistia em uma espécie de "ensaio", para que o novo regime fosse observado cuidadosamente antes de ser posto em cena de forma definitiva.

Nas palavras de Justen Filho[79]:

440.

[79] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11ª Edição. RT -Revista dos Tribunais.

> Na sua concepção original formal, o RDC era uma solução temporária, destinada a desaparecer com a exaustão das contratações pertinentes aos megaeventos esportivos de 2013, 2014 e 2016. A utilização do regime para contratações abrangidas no âmbito do PAC eliminou essa delimitação temporal da aplicação do RDC.

Cabe lembrar o modelo licitatório do pregão também ocorreu dessa forma. Inicialmente, o pregão estava restrito exclusivamente à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Somente depois de constatado o seu sucesso é que ele foi ampliado para a toda a Administração Pública.

Corrobora esse entendimento o fato de o regime do RDC ter sido ampliado diversas vezes, sendo hoje passível de ser utilizado em obras de infraestrutura, do Programa de Aceleração do Crescimento, do Sistema Único de Saúde, do Programa Nacional de Drenagem Portuária e Hidroviária, do sistema público de ensino e, bem recentemente – inciso incluído pela Medida Provisória nº 678/15 –, das ações no âmbito da Segurança Pública.

Atualmente, a redação do art. 1º da Lei nº 12.462/11 é a seguinte:

> 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;

2015. p. 126.

> 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)**
>
> **V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**
>
> **VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e**
>
> **VII - ações no âmbito da Segurança Pública.** (grifei)[80]

No contexto em que se insere a Administração Pública atualmente, em que é gritante a necessidade da legislação sobre licitações se adequar ao quadro socioeconômico do país, a evolução e a ampliação do Regime Diferenciado de Contratações aparenta ser uma boa alternativa para alguns.

> [...] acho que não é novidade para nenhum brasileiro da classe política, empresarial, da sociedade civil, o quanto a Lei de Licitações infelizmente se tornou um entrave para o País. Quando foi criada, ela teve, claro, uma intenção puramente republicana no sentido de tentar dar competitividade, transparência aos processos de compras governamentais. Mas, infelizmente, não foi o que ocorreu: nem há transparência, nem evita a corrupção, nem cerca a corrupção e ainda entrava o País, impedindo as compras principalmente na área de saúde. Criou uma burocracia quase insuperável. Para se ter uma ideia da deficiência da lei, fizemos um levantamento aqui, no Senado – a minha assessoria com a assessoria do Presidente Vital do Rêgo – e vimos que essa Lei vai completar 20 anos no próximo dia 21 e já foi objeto de mais de 600 propostas de mudanças. Um rápido levantamento da Consultoria nos sites do Congresso Nacional revela que foram apresentados 518 projetos de iniciativa da Câmara dos Deputados mais 157 de autoria de Senadores, visando aprimorar a Lei. O Governo também apresentou 50 medidas provisórias com o mesmo objetivo. Então, isso é um sinal de que as coisas não estão bem.[...]. [81]

---

[80] Lei nº 12.462 de 2011.

[81] SENADO. **Comissão Especial para Atualização da Lei nº 8.666/93.** Disponível em:

Para outros, todavia, seria necessário fazer uma reforma na Lei Geral de Licitações – nº 8.666/93, pois esta norma foi criada justamente para impedir atos de corrupção – problema bastante enfrentado no Brasil, diga-se de passagem –, e já é utilizada há muitos anos, então seria uma aposta menos temerária.

---

www.senado.gov.br. Acesso em: 04 de julho de 2015.

3 EXPECTATIVAS SOCIAIS E DECISÕES JURÍDICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1 Expectativas sociais

Inegável o papel do Estado na promoção do desenvolvimento e crescimento econômico de um país. Como sabiamente expõe Luiz Carlos Bresser-Pereira, “o desenvolvimento econômico é um processo histórico de crescimento da produtividade e dos padrões de vida da população causado pela sistemática utilização do excedente econômico na acumulação de capital e no progresso técnico”.

Segundo o autor, “neste processo de desenvolvimento o papel do Estado muda de fase para fase”, todavia, ele “como instrumento por excelência de ação coletiva da nação, continua a ter o papel estratégico: garantir a competitividade e induzir o desenvolvimento econômico”[82]

No Brasil, o foco em iniciativas relativas a promoção do crescimento econômico revela-se inegável nos últimos anos: ascensão da classe média, a evidência dos BRICS na economia mundial, a escolha do país com sede dos grandes eventos esportivos. Todavia, atrelado a promoção do crescimento econômico, o Estado possui o dever de garantir um desenvolvimento social equânime e sustentável.

---

[82] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2010/10.25.Desenv-subdesenvolvimento_Schwarcs-Botelho.15.pdf . Acesso em 02 jul. 2015.

Nesse sentido, basta que se analise o atual cenário brasileiro para se perceber que esta nem sempre se demonstra uma tarefa fácil à Administração Pública.

Se de um lado existe a crescente visibilidade do Brasil no cenário internacional, a ascensão da classe média, a evidência dos BRICS na economia mundial, a escolha do país com sede dos grandes eventos esportivos. De outro, vive-se visível instabilidade política derivada da insatisfação popular frente a falta de investimento em fatores básicos como educação e saúde, e ainda, problemas como corrupção, desigualdade social e acessibilidade.

Assim, um regime de contratações públicas em que princípios como celeridade e eficiência sejam, de fato, postos em prática, e os entraves burocráticos sejam rompidos progressivamente, aparenta ser a solução ideal. Relembrando, a Administração Pública deve agir de modo a fornecer o melhor serviço ao cidadão.

No caso das obras do PAC, e desde 2013, o RDC já foi utilizado em mais de milhares de obras no país, segundo as informações do mercado. Por isso, muitos apoiam a ampliação do regime diferenciado para todas as obras públicas.

Consultor e assessor jurídico de grandes empresas nacionais e estrangeiras nas áreas de Direito da Infraestrutura e Contratos, Marinangelo refere que estudos do Tribunal de Contas da União (TCU) demonstram que o procedimento licitatório do RDC tende a diminuir as margens de desconto ofertadas pelos licitantes.

> Isso deve-se, basicamente, a dois fatores essenciais. O primeiro são a diretrizes constantes da matriz de responsabilidades, que imputam inúmeras responsabilidades aos participantes do certame, aumentando os seus custos e a necessidade de contingenciamento para suportá-los. O segundo é o fato de não haver um projeto básico, que será fornecido pelo próprio ganhador da disputa. A ausência de projeto aumenta a insegurança e as indefinições, dificultando o orçamento e a concessão de descontos.

Ainda, a instituição do procedimento licitatório burocrático trouxe diversos resultados indesejáveis para as contratações da Administração, tais como: o Estado acaba pagando preços superiores aos de mercado, tendo em vista que as empresas os licitantes embutem o custo de participar dessa procedimentalização, o que gerou um aumento nas despesas de transação nas contratações com o poder público; a morosidade tem sido recorrente nesses procedimentos, a partir do momento em que são as divergências entre os licitantes são intermináveis – tanto em âmbito administrativo como no judicial –, principalmente nas fases de habilitação e de julgamento das propostas.

As opiniões contrárias ao RDC partem do pressuposto de que a Lei Geral de Licitações é eficiente e gera bons negócios e resultados para a Administração Pública. Porém, observando-se as contratações na realidade atual do país, o que se constata é justamente o contrário.

A rigidez da Lei nº 8.666/93 impede que sejam feitas adaptações na licitação a depender do que se pretende obter no final do certame, ou seja, a Administração passa a ter o seu poder de decidir por questões de conveniência e oportunidade limitato. Porém, a questão se agrava quando se está diante de uma lei que foi feita para atender a um tipo muito específico de contratação de obras e serviços de engenharia. Não se pode querer aplicá-la a todos os negócios que a administração pública ira celebrar, pois seria um equívoco.

A pesar de as mudanças trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas conferirem maior simplicidade e flexibilização ao processo licitatório, é de se questionar se a simples mudança de procedimento seria suficiente para conferir a eficiência e celeridade que se espera nos casos em que se aplica, posto que o cerne

do problema esteja em questões éticas e morais dos gestores públicos.

Os protestos populares de junho de 2013 evidenciaram o repúdio por parte da população em relação aos gastos para a preparação de estádios de futebol e outras obras, discutíveis do ponto de vista da realidade brasileira. O quadro social, político e econômico nacional é bastante delicado, com a indignação do povo com a má gestão da coisa pública.

Como, sabidamente, os recursos públicos são finitos, nos ideais de um Estado Democrático de Direito as despesas com a construção de estádios de futebol e outras obras discutíveis do ponto de vista do grau de prioridade, seria uma inversão de valores e de objetivos. Problemas como a saúde, a educação, a mobilidade urbana e tantos outros estariam sendo deixados de lado para a realização dos eventos esportivos.

3.2 Regime Diferenciado de Contratações: eficiência e economicidade?

A Copa do Mundo de 2014 já foi realizada e é fato público e notório que a maior parte das obras não foram concluídas em tempo hábil. De acordo com levantamento feito pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco) e do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU-BR), somente quatro contratos de um total de 20 empreendimentos incluídos no novo modelo licitatório foram concluídos antes do evento.

Em relação aos investimentos, “[...] a eficácia do RDC torna-se ainda menos relevante na medida em que apenas os projetos menos complexos e mais baratos foram concluídos a tempo para o Mundial. De um total de R$ 3 bilhões de contratações pelo regime especial (R$ 2 bilhões para aeroportos e R$ 1 bilhão para

mobilidade urbana), apenas R$ 40,7 milhões – R$ 8,7 milhões das obras do entorno do Beira-Rio e R$ 32 milhões dos aeroportos – foram concluídos. Isso representa apenas 1,35% do total de recursos destinados ao RDC".[83]

Muito embora o RDC tenha simplificado as concorrências entre os licitantes para a realização das obras e reduzido o prazo das licitações, de acordo com o mesmo levantamento, o efeito foi justamento o contrário. O novo regime resultou em mais atrasos e sobrepreços.

Para o vice-presidente do Sinaenco, João Alberto Viol, ao simplificar as regras de licitação, o RDC cria problemas nas etapas seguintes das obras. "O governo ganha tempo na concorrência, mas não sabe direito o que contratou. Se o projeto contratado pelo menor preço for malfeito, a obra certamente vai atrasar. No fim, o Poder Público vai pagar mais, porque os trabalhos, tanto o projeto quanto a própria execução da obra, terão de ser refeitos", critica.

> Assessor para Assuntos Institucionais do CAU-BR, o arquiteto Gilson Paranhos diz que o RDC trouxe outro agravante. Segundo ele, o regime emergencial abre brechas para superfaturamentos ao permitir que, no caso de obras licitadas apenas com base nos anteprojetos (esboço de projetos), as próprias construtoras encarreguem-se da conclusão dos projetos. "Isso traz um conflito de interesse porque as construtoras têm preocupações distintas de quem contratou a obra", adverte. Em audiência recente na Câmara dos Deputados, a ministra do Planejamento, Miriam Belchior, defendeu o RDC. Para ela, o regime diferenciado não apenas trouxe agilidade às licitações como resultará em execuções mais rápidas das obras. De acordo com a ministra, os empreendimentos serão acelerados porque o RDC não permite aditivos nem a análise item a item dos contratos. Tanto o Sinaenco quanto o CAU-BR rebatem as alegações da ministra. "Quem ler a lei, verá que a legislação usa expressões vagas como 'caso fortuito' ou 'motivo de força maior' e abre exceções para as construtoras pedirem aditivos nos contratos", diz Paranhos. "Apenas o que impede os

[83] CONGRESSO EM FOCO. **Regime diferenciado não agilizou obras da Copa do Mundo, diz levantamento.** Disponível em http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/regime-diferenciado-nao-agilizou-obras-da-copa-do-mundo-diz-levantamento/ . Acesso em: 03 de julho de 2015.

> aditivos são excelentes projetos, mas o RDC desestimula o bom planejamento das obras públicas", acrescenta Viol.

3.3 Decisões jurídicas acerca do RDC

Segundo Di Pietro[84], o controle na Administração Pública, é exercido por: administrativo (interno) e legislativo ou judicial (externo), referindo que "quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior", determinando que quando o controle se der de forma prévia será: "[...] um controle preventivo porque visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público".

De igual forma, Carvalho Filho[85] entende que a natureza jurídica do controle é de "princípio fundamental da Administração Pública":

> Relacionou cinco princípios fundamentais aos quais deverá estar atrelada a Administração: o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle. 42 Inserido entre os princípios fundamentais, o aludido diploma legal pretendeu considerar o controle como indispensável à execução das atividades administrativas do Estado, chegando mesmo a registrar que deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos. Significa que o controle, como princípio fundamental, com caráter de indispensabilidade, não pode ser recusado por nenhum órgão administrativo. O espírito da lei é inverso, isto é, serve para estimular órgãos e agentes a desenvolverem métodos cada vez mais eficientes para um melhor controle da Administração.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 70, caput, que a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional da União e

---

[84] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 736-737.

[85] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21.ed.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 930.

das entidades da Administração Pública (direta e indireta), quanto à legalidade, economicidade, legitimidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, através de controle externo, bem como pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes.

Por outro lado, o controle externo da Administração Pública possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988: ""O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]". Assim, o órgão de controle externo da administração pública é o Tribunal de Contas da União (TCU).[86] No caso dos Tribunais de Contas dos Estados, as atribuições estão elencadas nas Constituições dos Estados, em Leis Complementares Estaduais e em Regimentos Internos.

A preocupação dos Tribunais de Contas é manter o controle da legalidade dos atos da Administração Pública; os atos devem atingir a finalidade a que se destina de forma adequada e com a menor onerosidade para a Administração. Note-se que, mais uma vez, está presente a necessidade de se encontrar a proposta mais vantajosa, que rege o fundamento das licitações públicas.

> [...] em que pese os Tribunais de Contas surgirem com a preocupação do controle da legalidade dos atos de índole financeira da administração, nos dias de hoje, apresenta-se como absolutamente necessário o chamado controle de mérito, "que visa apreciar se o ato da Administração Pública atingiu seu objetivo adequadamente e com o menor custo possível para a Administração". Observa-se que "muitas denominações recebe essa forma de controle, que ultrapassa a mera verificação formal e legal dos atos do

[86] Justen Filho refere que a atividade do TCU possui função dúplice de controle, quais sejam, "controle-fiscalização e controle-orientação". Assim, em relação aos modelos licitatórios anteriores ao RDC, principalmente o procedimento da Lei Geral de Licitações, o TCU atua em "controle-fiscalização" do que em "controle-orientação". Isso porque a Lei nº 8.666/93 existe há muito tempo, de modo que a referida legislação conduziu a maior parte das licitações no país. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 1111.

> gestor público: controle de mérito, controle de auditoria, controle econômico, controle de economicidade, controle de gestão, controle de eficiência, etc.", onde procura verificar a relação existente entre o serviço ou obra realizada e o seu custo, o ato do gestor vinculado ao resultado [sic]. [87]

Especificamente sobre o RDC, o Tribunal de Contas da União atua de maneira muito mais orientadora, pelo menos por enquanto. A Lei nº 12.462/11 é relativamente recente e possui inúmeros parâmetros flexíveis, então é alvo de muitas dúvidas, polêmicas e questionamentos. Ainda não se sabe exatamente qual será o "futuro" do Regime Diferenciado de Contratações públicas, e a jurisprudência acerca do novo modelo licitatório está recém se formando.

> [...] a agilidade é fundamental para a realização da obra, assim como sua legalidade, e elogiou o ministro Benjamin Zymler por suas colocações. Estamos no momento em que precisamos sair de uma legislação burocratizada, por isso, enfatizo o apreço que tenho pelas palavras do ministro Zymler para o aperfeiçoamento de um regime de contratação que busque a evolução da sociedade brasileira. [88]

A parte final do tema deste trabalho monográfico é relativa às decisões jurídicas decorrentes do Regime Diferenciado de Contratações públicas. A jurisprudência é ampla no tocante à atuação orientadora do TCU e dos Tribunais de Contas Estaduais. O julgado colacionado abaixo é referente a entendimento do TCU sobre a utilização do RDC em obras que terminariam em data posterior à Copa do Mundo 2014 ou às Olimpíadas de 2016:

> A utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 – ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso – só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos,

---

[87] FERRARI, Citadini. **Manual de Direito Administrativo.** 5ª Edição. São Paulo: Atlas. 2008. p. 221

[88] Ministro dos Transportes César Borges, em palestra ocorrida no Tribunal de Contas da União, presidida pelo Ministro Benjamin Zymler.

> cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori, em atendimento ao disposto nos arts. 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93". Foi a esse entendimento a que chegou o TCU ao apreciar auditoria na qual tratou da execução das obras e dos serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do Terminal de Passageiros, adequação do sistema viário de acesso e ampliação do pátio de aeronaves para o Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza/CE, ação que se insere no esforço para a realização da Copa do Mundo de 2014 – Copa/2014. **Chamou a atenção do relator o fato de que a vigência do contrato seria de 47 meses, ultrapassando, portanto, a Copa/2014, tendo o ajuste se baseado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011)**, o qual, no art. 1º, incisos de I a III, estabelece que só poderão se utilizar do RDC as obras relacionadas à Copa de 2014 e às Olimpíadas de 2016. Após a oitiva da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – (Infraero), responsável pelo certame, o relator compreendeu que deveria ser feito juízo sistêmico da questão, considerando-se, necessariamente, o parcelamento compulsório jazido no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c art. 39 da Lei 12.462/2011, o qual, independente de se tratar de uma obra inclusa ou não no RDC, deveria ser realizado. Por conseguinte, para o relator, **"em uma visão ampla das leis aplicáveis ao caso, somente as parcelas da obra a serem tempestivamente concluídas até a Copa (ou às Olimpíadas) podem se valer do RDC**. Configurada a inviabilidade técnica e econômica de se parcelar o restante da empreitada, o empreendimento como um todo pode ser licitado pelo novo Regime. **Caso contrário, o restante da obra com término ulterior deverá se utilizar do regime tradicional estabelecido na Lei 8.666/93"**. Votou, então, por que fosse expedida determinação à Infraero, de modo a registrar o entendimento mantido pelo Tribunal, o que foi acatado pelo do Plenário. [89]

Importante frisar que, à época do julgado, ainda não havia sido ampliado o campo de aplicação do RDC aos Sistema Único de Saúde, às obras do Programa de Aceleração do Crescimento, nem tampouco às obras dos sistemas penitenciários e ações de Segurança Públicas.

No caso em tela, o TCU entendeu que a vigência do RDC era temporária e se restringia às obras tempestivamente concluídas até a Copa ou Olimpíadas. Para a conclusão pelo RDC deveria ser demonstrada a inviabilidade econômica e técnica

[89] Acórdão n.º 1324/2012-Plenário, TC 038.038/2011-0, rel. Min. Valmir Campelo, 30.5.2012.

do parcelamento da parte da obra pendente de execução. Caso contrário, se a conclusão da obra não ocorresse dentro desse lapso temporal, o restante deveria se valer do regime licitatório previsto na Lei nº 8.666/93. Isso é nítido exemplo do controle externo realizado pelo TCU, que impediu o agente público de dar outra finalidade ao RDC que não às obras para os eventos esportivos.

Por outro lado, o julgado a seguir se refere a período após a inclusão do inciso IV à Lei nº 12.462/11, que estendeu a utilização do RDC às obras do Programa de Aceleração do Crescimento:

> DECISÃO:
> Cuida-se de agravo de instrumento sacado contra decisão que, em mandado de segurança **objetivando à suspensão de procedimento licitatório de regime diferenciado de contratação RDC** presencial nº 01/2014, indefere o pedido liminar.
> **Alega a agravante, em apertada síntese, que o Edital contém ilegalidades tais como: forma sigilosa como o processo administrativo** foi conduzido – nº 510/1694/2014; rejeição do pedido de cópia do processo feito pelas impetrantes, com base em suposto sigilo do orçamento da contratação, em fragrante afronta ao princípio da publicidade; a realização de visita técnica para verificar as condições do local e obter seu respectivo atestado – documento sem o qual não se pode participar do certame; atestado de participação em "visita técnica" que não poderia ser exigido como documento de habilitação; o fato de não constar da Lei a aferição da qualificação técnica do proponente quanto à elaboração de projeto e execução de obra complexa; a limitação de participantes a duas empresas para consórcio e à impossibilidade de participação de empresa estrangeira, sem a necessária fundamentação, acarretando restrição ilegal à competitividade da licitação; que em se tratando de obra complexa, cuja execução requer dos licitantes conhecimentos técnicos específicos em diversas áreas, a jurisprudência do TCU entende que a vedação à participação de empresas em consórcio restringe a competitividade do certame; que o item 9 do Edital, consta que o interessado deve demonstrar experiência em elaboração, execução, supervisão ou coordenação de projetos de "corredor de ônibus com extensão total mínima de 8,0km em via simples, ou 4,0km em via dupla", "túnel com extensão superior a 1.000m" e "serviços de monitoramento", em flagrante direcionamento; fornecimento e instalação de "equipamentos de fiscalização eletrônica de trânsito"; e elaboração de projetos básicos/executivo de "corredor de ônibus com

extensão total mínima de 8,0km em via simples, ou 4,0km em via dupla", "túnel em área urbana com extensão mínima de 1300m" e "obras de contenção de encosta, demonstrando a complexidade e o vulto da obra; que são ilegais duas exigências para fins de habilitação dos licitantes no item 9 do

Edital: 1,5%de índice de liquidez corrente; (ii) atestado de "execução de serviços de monitoramento e controle de trânsito, através de fiscalização eletrônica"; que o Edital prevê, ainda, índice de liquidez mínimo, exigindo que seja "igual ou maior que um" – usual para contratação de obras de grande porte, contudo, uma vez que o índice de liquidez corrente exigido é de 1,5 valor, bastante superior ao usual; que além de destoar do usual, a opção não é justificada para que a futura contratada possua um capital de giro tão alto , se a obra será contratada e paga pelo Município de Niterói; que é desnecessária a exigência a atestação quanto aos "serviços de monitoramento"; que os atestados exigidos, como requisitos de habilitação, são os relevantes para a adequada execução do objeto contratado, o que, do contrário, impõe restrição de competitividade; que no caso concreto, por fim, os serviços de "monitoramento" são irrelevantes para o objeto do certame. Requer o provimento do agravo para sobrestar a licitação ou a execução de contrato dela eventualmente decorrente.

É o relatório .

Como é de sabença, a Lei 12.462**/2011, de caráter especial, que institui o regime diferenciado de contratações públicas, foi concebida para que a Administração Pública possa se instrumentalizar com maneiras mais céleres, econômicas e eficientes de contratação de serviços públicos.** A criação de um diploma destinado especificamente a atender obras infraestruturais de grandioso vulto, por conseguinte, representam a consolidação de uma política nacional, haja vista, por exemplo, as obras dos aeroportos para os eventos da Copa do Mundo e das Olimpíadas, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e as ações integrantes do Programa de Aceleracao do Crescimento (PAC).

A legislação em comento, nessa toada, afasta as disposições da Lei 8.666**/93, exceto nos casos expressos.**

No caso em exame, foi aberto o procedimento licitatório na modalidade RDC PRESENCIAL – Edital nº 01/2014, cujo objeto é a construção do BRT TransOceânica Charitas-Engenho do Mato, no âmbito do Programa PAC2, Eixo Mobilidade Médias Cidades.

[...]

Também **o princípio da publicidade**, assim como a previsão do caráter sigiloso do orçamento do projeto, **não foram também violados**, uma vez que, nos termos do edital, **somente após o encerramento da licitação é que se conhecerá o preço estimado para a contratação, ficando**

> **apenas acessível para os órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.**
> Em sendo assim, se, por um lado, **a publicidade dos atos administrativos não se revela como uma faculdade, mas condição sine qua non** de consolidação do exercício do poder democrático, é necessário, para dirimir a controvérsia, invocar-se, por outro, o juízo de ponderação, para que um princípio apenas venha a preceder o outro, sem superposição.
> **Logo, deverá prevalecer na mitigação a ser feita, por certo, o interesse público, quando em confronto a necessidade da ampla publicidade nas licitações e contratações, sob regime diferenciado, e a indispensabilidade da eficiência e a economicidade.**
> Quanto as demais impugnações, tal como bem sinalizado pelo douto magistrado condutor do feito, são meras irresignações do impetrante com as condições do Edital, não havendo motivos concretos para, neste momento, suspender-se o certame, sem adentrar-se no mérito neste presente momento processual, suprimindo-se um grau de jurisdição.
> À vista do exposto, por não vislumbrar a probabilidade de que possa ocorrer lesão grave e de difícil reparação, **INDEFIRO** o efeito suspensivo ativo ao recurso.
> Oficie-se, solicitando as informações de estilo.
> Após, intime-se a parte contrária para, no prazo legal, responder ao recurso.
> Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2014.
> Desembargador **MALDONADO DE CARVALHO**[90]

Nesse caso bem recente, em que pese as alegações de ilegalidades no procedimento – rejeição do pedido de cópia do processo administrativo, com base no sigilo do orçamento; afronta ao princípio da publicidade; dentre outras insurgências –, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que não houve legalidade nem violação dos princípios da Administração Pública, pois o Regime Diferenciado de Contratações visa justamente maior celeridade do procedimento licitatório.

A pactuação da utilização do RDC afasta todas as disposições da Lei nº 8.666/93, que, portanto, são inaplicáveis ao novo regime. Ainda, no caso em análise, o RDC foi escolhido pela Administração e o licitantes para construção do BRT TransOceânica Charitas-Engenho do Mato, no âmbito do Programa PAC2, Eixo

[90] TJ/RJ – Agravo de Instrumento: AI 00468858220148190000. RJ nº 0046885-82.2014.8.19.0000

Mobilidade Médias Cidades. Assim, o Tribunal reconheceu que, no confronto entre o interesse público e a ampla publicidade dos atos realizados no procedimento licitatório, vence o interesse público, bem como a “indispensabilidade da eficiência e a economicidade”.

CONCLUSÃO

Na Administração Pública, o agente público tem o dever legal e ético de buscar a eficiência em todas as etapas das contratações. Foi no contexto da escolha do Brasil para a realização dos grandes eventos esportivos e dos entraves burocráticos impostos pela Lei nº 8.666/93 que o Regime Diferenciado de Contratações públicas foi concebido no ordenamento jurídico pátrio.

Atualmente é necessário aprimorar a celeridade do procedimento licitatório para as contratações públicas, tendo em vista que o país precisa acelerar seu desenvolvimento para que possua melhores condições de competir com as outras nações. E a lei nº 8.666/93, sem dúvida alguma, não atende mais às necessidades da economia nacional atual.

O advento da Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC, possibilita à Administração Pública que adote novos critérios de escolha da proposta mais vantajosa seja do ponto de vista técnico ou econômico, por meio de uma licitação mais célere. Assim, a utilização do RDC nas contratações públicas, possui como base e fundamento a eficiência a ser atingida, tanto que a própria lei, em seu art. 1º, §1º, inciso I, traz expressamente a busca por essa finalidade.

Todavia, para alcançar a plena eficiência na contratação e satisfazer da melhor forma o interesse público, é importante analisar os serviços realizados no âmbito da Administração Públicas como um todo. O procedimento licitatório burocrático da Lei nº 8.666/93 não é o único empecilho para a eficiência das contratações públicas. São diversos fatores que influenciam o resultado final da licitação, tais como a necessidade de um melhor planejamento prévio e a melhor gestão da coisa pública.

Um procedimento licitatório com escolha de propostas justas, técnicas e capazes de serem executadas, conduzido por uma equipe técnica adequada que fiscalize todas as etapas, também é importante para que à sociedade seja entregue um bom resultado, o que atenderá de forma satisfatória o bem comum e alcançará, portanto, a eficiência tão almejada.

Dessa forma, não basta a mera alteração legislativa do procedimento licitatório vigente, mas, também, é preciso o aperfeiçoamento contínuo da Administração Pública, para que novos mecanismos sejam criados. Ainda, diante do excesso de discricionariedade – tomada de decisões por motivos de conveniência e oportunidade – que o RDC conferiu à Administração Públicas, o controle externo deverá ser intensificado.

Motta; Bicalho explica que o problema não está apenas na legislação, mas também na forma como é aplicada 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.[91]

Assim, as expectativas sociais (políticas, econômicas e jurídicas) acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas são de que a nova lei permita que os contratos públicos sejam firmados de forma mais célere, e que os princípios da eficiência e economicidade sejam, de fato atendidos. Porém, os limites e possibilidades para percepção dessas expectativas compreendem, justamente, a

[91]MOTTA; BICALHO.. **Direito Administrativo Brasileiro.** 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012, p. 24.

necessidade de se analisar o RDC como uma evolução no âmbito das licitações públicas na Administração Pública brasileira contemporânea, e não sob a mesma ótica da Lei nº 8.666/93. A necessidade de rompimento com entraves burocráticos e de atualização dos mecanismos existentes nas licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro é gritante, e é nesse contexto que o RDC deve ser estudado.

Muito embora o RDC tenha trazido novas condições para a realização de licitações mais céleres e adequadas do ponto de visa econômico e administrativo, atraindo licitantes com propostas justas e exequíveis, este procedimento, por ser atividade meio, não resolverá, por si só, os problemas de abandono de obras por falta de planejamento, corrupção e superfaturamento, que assolam o quadro político do Brasil atualmente.

REFERÊNCIAS

Acórdão n.º 1324/2012-Plenário, TC 038.038/2011-0, rel. Min. Valmir Campelo, 30.5.2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.070/RN. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007.

Bresser-Pereira, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2010/10.25.Desenv-subdesenvolvimento_Schwarcs-Botelho.15.pdf.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21.ed.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Celso A. B. Mello. **Elementos de direito administrativo**. 29ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012 1986.

Citadini FERRARI. **Manual de Direito Administrativo.** 5ª Edição. São Paulo: Atlas. 2008.

Comissão Especial para Atualização da Lei nº 8.666/93. Disponível em www.senado.gov.br.

CRETELLA JUNIOR, José. **Revista de Informação Legislativa**, V. 97:7).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Do Estado Patrimonial ao Gerencial, PEREIRA, Bresser Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf.

FERNANDES PEREIRA, Maria Marconiete. **O contrato administrativo comparado: influências e convergências**. São Paulo. Atlas S.A, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político.** Barueri, SP: Manole, 2003.

Conheça as exigências da Fifa para os estádios da Copa. Disponível em http://www.portal2014.org.br/noticias/1125/CONHECA+AS+EXIGENCIAS+DA+FIFA+PARA+OS+ESTADIOS+DA+COPA.html. Acesso em 27/07/2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11ª Edição. RT -Revista dos Tribunais. 2015.

Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2003.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípio de Direito Administrativo Brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12a Ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2011.

Motta; Bicalho. **Direito Administrativo Brasileiro.** 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012.

Regime diferenciado não agilizou obras da Copa do Mundo, diz levantamento. Disponível em http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/regime-diferenciado-nao-agilizou-obras-da-copa-do-mundo-diz-levantamento/. Acesso em 27/07/2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

Seminário "Regime Diferenciado de Contratação". Disponível em: http://www.sampaioferraz.com.br/Noticias-%7C-Publicacoes.html.2. Acesso em 27/07/2015.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000.