

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A LEI 8666 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO
(RDC):

As modificações na contratação e as principais expansões do RDC

GERSON SOARES FERREIRA

Rio de Janeiro

2016

GERSON SOARES FERREIRA

A LEI 8666 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC):
As modificações na contratação e as principais expansões do RDC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Thiago Guerreiro Bastos

RIO DE JANEIRO

2016

Ferreira, Gerson Soares, 1990.

A Lei 8.666 e o Regime Diferenciado de Contratação (RDC): as modificações na contratação e as principais expansões do RDC/ FERREIRA, Gerson Soares. – 2016.

67 fls.

Orientador: Thiago Guerreiro Bastos

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Curso de Direito, 2016.

1. A Lei 8.666 2. Regime Diferenciado de Contratação (RDC) 3. Modificações na contratação e principais expansões I. Thiago Guerreiro Bastos II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Curso de Direito. A Lei 8.666 e o Regime Diferenciado de Contratação (RDC): as modificações na contratação e as principais expansões do RDC.

CDD. 341.3527

GERSON SOARES FERREIRA

A LEI 8666 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC):

As modificações na contratação e as principais expansões do RDC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Thiago Guerreiro Bastos – Presidente da Banca Examinadora

Marcus Vinícius Bacellar

Rosangela Luft

AGRADECIMENTOS

A chegada até aqui, do início do curso até o final deste trabalho, não foi uma linha reta, com identificação e certeza de que era esse o curso que eu queria fazer. No meio do caminho, dentre tantas curvas, uma me levou para outra faculdade, mas sem nunca deixar a Faculdade Nacional de Direito.

Talvez essa tenha sido a decisão mais acertada. O conhecimento adquirido, as experiências que vivi e as pessoas que conheci, sem dúvida alguma, são responsáveis pelo meu crescimento pessoal e profissional.

Muito obrigado a minha família que sempre me incentivou e aconselhou a ir até o fim; a minha namorada e aos meus amigos que me ajudaram nos momentos de dificuldade; e ao meu professor e orientador Thiago Bastos, pela disponibilidade e dedicação em me orientar.

Foi no penúltimo período, quando fiz a eletiva Licitações e Contratos, que finalmente me encantei pelo Direito e, por isso, é o tema escolhido para este trabalho.

RESUMO

FERREIRA, Gerson Soares. **A lei 8.666/93 e o Regime Diferenciado de Contratação (RDC): As modificações nas contratações e as principais expansões do RDC.** 2016. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Nos últimos anos, o conjunto de legislação que regulamenta o processo licitatório brasileiro sofreu consideráveis modificações. O presente trabalho aborda a Lei 8.666/93, a Lei Geral de Licitações, analisando os principais procedimentos que impõe à administração pública e aos licitantes que se submetem ao certame. Além disso, ainda se apontam as principais críticas feitas a essa legislação e seus supostos efeitos negativos no processo licitatório. Diante da iminente realização de grandes eventos esportivos no Brasil, como a Copa das Confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, foi editada Lei 12.462/11, a qual implementou o Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Esta nova lei traz importantes inovações em matéria de licitação, afasta, em parte, a aplicação da Lei 8.666/93, soluciona algumas das críticas feitas a esta última lei. Contudo, sofreu duras críticas no momento de seu surgimento. Ao longo do tempo, o rol de objetos de indecência da RDC foi sendo expandido, por leis esparsas posteriores, como é o caso da Lei 13.190/15. Esta tem grande parte de seus dispositivos com efeitos suspensos, em decorrência de ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, é necessário analisar o processo licitatório brasileiro, com base nas Lei 8.666/93, 12.462/11 e 13.190/15, para compreender como estão correndo as modificações e os efeitos provocados.

Palavras-chave: Licitação, Regime Diferenciado de Contratação, Lei 8.666/93, Lei 12.462/11, Lei 13.190/15.

ABSTRACT

FERREIRA, Gerson Soares. **Law lei 8.666/93 and Differential Contracting System (RDC): The changes in contracting and the main expansions of the DRC.** 2016. 67 f. Monograph (Law Degree) - Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

In recent years, the set of legislation regulating the Brazilian bidding process has undergone considerable modifications. The present work deals with Law 8.666 / 93, the General Law of Tenders, analyzing the main procedures that it imposes on the public administration and the bidders to win the event. In addition, the main criticisms of this legislation and its alleged negative effects on the bidding process are still pointed out. In view of the imminent realization of major sporting events in Brazil, such as the Confederations Cup, World Cup, Olympics and Paralympics, Law 12.462 / 11, which implements the Differentiated Contracting Regime (RDC), arises. This new law brings important innovations in the field of bidding, partially eliminates the application of Law 8.666 / 93, solves many of the criticisms made to this last law. However, it was severely criticized at the time of its emergence. Over time, the list of objects of indecency in the DRC has been expanded by subsequent complementary laws, such as Law 13190/15. This has a large part of its devices with suspended effects, due to direct action of unconstitutionality. Therefore, it is necessary to analyze the Brazilian bidding process, based on Law 8.666 / 93, 12.462 / 11 and 13.190 / 15, to understand how the changes and the effects are happening.

Keywords: Bidding, Differential Procurement Regime, Law 8,666 / 93, Law 12,462 / 11, Law 13,190 / 15.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A LEI 8.666: DO SEU SURGIMENTO ÀS CRÍTICAS DE SEUS EFEITOS NO CENÁRIO ATUAL.....	12
2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	12
2.2. O DECRETO 2.300/86, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TRANSIÇÃO PARA A LEI 8.666/93.....	14
2.3. A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – LEI 8.666/93.....	15
2.3.1. Os princípios balizadores do processo licitatório.....	15
2.3.1.1. <i>Princípio da eficiência</i>	16
2.3.1.2. <i>Princípio da economicidade</i>	17
2.3.1.3. <i>Princípio da moralidade</i>	18
2.3.1.4. <i>Princípio da legalidade</i>	19
2.3.1.5. <i>Princípio da igualdade e da impessoalidade</i>	20
2.3.1.6. <i>Princípio da publicidade</i>	21
2.3.1.7. <i>Princípio da vinculação ao instrumento convocatório</i>	22
2.3.1.8. <i>Princípio do julgamento objetivo</i>	23
2.4. AS MODALIDADES E FASES DE LICITAÇÃO.....	24
2.4.1. Modalidades de licitar.....	24
2.4.1.1. <i>Concorrência</i>	25
2.4.1.2. <i>Tomada de preço</i>	26
2.4.1.3. <i>Convite</i>	27
2.4.1.4. <i>Concurso</i>	29
2.4.1.5. <i>Leilão</i>	30
2.5. FASES DA LICITAÇÃO.....	31
2.5.1. Publicação.....	31
2.5.2. Habilitação.....	31
2.5.3. Julgamento.....	32
2.5.4. Homologação.....	33
2.5.5. Adjudicação.....	33
2.6. A LEI 8.666/93 EM SUA IMPLEMENTAÇÃO: AS PRINCIPAIS CRÍTICAS.....	34
3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (LEI 12.462/2011) E SUAS MODIFICAÇÕES NO PROCESSO LICITATÓRIO.....	38

3.1. OS GRANDES EVENTOS ESPORTIVOS NO BRASIL E SUAS DEMANDAS...	39
3.2. ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.462/11.....	40
3.3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES.....	47
3.3.1. Incidência do Regime Diferenciado de Contratação (RDC).....	47
3.3.2. Objetivos do Regime Diferenciado de Contratação (RDC).....	49
3.3.3. A indicação da marca.....	50
3.3.4. A contratação integrada.....	50
3.3.5. A remuneração variável.....	52
3.3.6. Orçamento sigiloso.....	53
3.3.7. A inversão das fases.....	53
3.4. CONCLUSÕES GERAIS DESTES CAPÍTULOS.....	54
4. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS ATRAVÉS DA LEI 13.190/15.....	56
4.1 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.190/15 E A SUSPENSÃO DE SEUS EFEITOS.....	56
4.2. AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.190/15 AO PROCESSO LICITATÓRIO.....	58
4.2.1. A incidência do RDC nos incisos VI e VII.....	58
4.2.2. A possibilidade de resolução de conflitos por arbitragem e mediação.....	59
4.2.3. Os contratos de locação por encomenda.....	60
4.2.4. Adição de taxa de risco no valor estimado.....	61
4.2.5. Das alterações em matéria de execução penal.....	62
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender, de forma crítica, as recentes modificações no processo de licitação e contratação da Administração Pública, através da análise das leis que regulamentam o referido tema; assim como sinalizar quais são as principais vantagens e desvantagens oriundas dessas alterações na legislação administrativa brasileira.

Para tanto, o trabalho começa analisando a Lei 8.666/93, a Lei Geral de Licitações, nos seguintes aspectos: surgimento, os principais procedimentos que estruturam o processo licitatório, as diferentes modalidades, as principais críticas feitas à esta lei, dentre outros pontos de estudo. Parte da doutrina aponta que o processo licitatório, regulado pela lei supracitada, precisa ser modificado, sendo atualizado conforme às necessidades contemporâneas da Administração, norteadas pelo interesse público.

Posteriormente, foi alvo de exame a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), 12.462/11, a qual implementa importantes inovações no processo licitatório brasileiro. O surgimento de tal legislação pode ser explicado pela iminente realização de grandes eventos esportivos, na época, a qual exigia um processo licitatório mais célere para a construção de obras de infraestrutura necessárias à tais celebrações.

Assim, surge o RDC o qual, inicialmente, tinha um restrito rol de objetos que atraíam a incidência da Lei 12.462/11 e afastavam, em parte, a aplicação da Lei 8.666/93. Contudo, por leis esparsas posteriores, esse conjunto de casos em que era possível aplicar o regime diferenciado de contratação foi sendo expandido para muitos outros, como será exposto em momento posterior.

É importante frisar que as leis esparsas posteriores que modificaram o RDC não são alvo de objetivo final deste trabalho, sendo utilizadas apenas para apontar as alterações, atualizando o estudo sobre o processo licitatório, de forma complementar, e permitindo que esta análise fosse realizada.

Contudo, a lei 13.190/15 foi abordada neste trabalho. A justificativa está no fato de alterar significativamente a Lei 12.462/11, trazendo consideráveis inovações – não apenas em matéria de direito administrativo, mas também penal. Torna-se mais interessante – e necessária - a consideração dessa lei, pois grande parte de seus dispositivos estão com eficácia suspensa, devido à uma ação direta de inconstitucionalidade¹ em curso no Supremo Tribunal Federal.

Portanto, as leis citadas acima – Lei 8.666/93, 12.462/11 e 13.190/15 - são os principais diplomas examinados, em conjunto, obviamente, com a Constituição Federal. Assim, o objetivo nuclear do presente trabalho é o estudo e análise crítica dos caminhos que o processo licitatório brasileiro vem percorrendo desde 1993, com a entrada em vigor da lei 8.666/93, e sobretudo, os principais impactos e alterações trazidos pela Lei 12.462/11, e posteriormente, a Lei 13.190/15, tendo sempre como vetor axiológico na análise do tema a necessidade de realização e efetivação do interesse público.

A análise é feita pelos diplomas legais supracitados, e alguns outros que se tornaram necessários, de forma complementar nesse estudo, como a Lei 10.520/02; a revisão bibliográfica em matéria de direito administrativo; e algumas análises jurisprudências. A metodologia adotada para a realização do estudo foi o método indutivo.

A pertinência temática está justamente na velocidade com que estão ocorrendo as alterações no processo licitatório. Diante de uma possível incapacidade de atendimento das necessidades da administração pela Lei 8.666/93, surge o RDC, o qual vem sendo expandido para muitos casos e sua aplicação torna-se cada vez mais recorrente. Por tal cenário, foi feito este estudo crítico sobre o tema.

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 33.889, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

2. A LEI 8.666: DO SEU SURGIMENTO ÀS CRÍTICAS DE SEUS EFEITOS NO CENÁRIO ATUAL

Inicialmente, para começar o estudo do instituto da licitação, é necessário compreender os seguintes pontos: 1) conceito e natureza jurídica; 2) fundamento constitucional; 3) nascimento da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 e seu antecessor decreto 2.300/86; 4) princípios administrativos aplicados ao tema e, por fim, 5) análise crítica da Lei 8.666/93. Esses pontos serão apresentados a seguir.

2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A seguinte definição de licitação de José dos Santos Carvalho Filho² apresenta, a um só tempo, o conceito e a natureza jurídica. Assim, segue:

“(…) 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, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”. (CARVALHO FILHO, 2009. Pp. 226)

Importante também destacar o conceito oferecido por Rafael Oliveira³ como sendo:

“Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para a celebração de contratos.”(OLIVEIRA, 2015. Pp.24)

E por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴, que conceitua a licitação, e a natureza jurídica, como “(…) *um processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração.* ” (MOREIRA NETO, 2014. Pp. 197)

² CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 226

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – **Licitações e contratos administrativos**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Pp. 24

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pp. 197

Em outras palavras, a licitação é o procedimento administrativo estabelecido em lei e necessário para que a Administração Pública e as demais pessoas indicadas na legislação contratem quem apresentar a proposta que mais satisfaça ao interesse público, obtida por meio de julgamento objetivo.

O objetivo final da licitação é, portanto, a celebração de um contrato com o particular. Dentre todos aqueles interessados em realizar tal vínculo com a Administração Pública, será eleito aquele que oferecer a proposta mais vantajosa.

No julgamento das propostas, o administrador deve sempre se pautar por critérios objetivos⁵ previstos no edital, garantindo a indispensável igualdade de tratamento aos interessados. Há uma série de atos e procedimentos organizados de forma expressa em lei, que devem ser observados e respeitados pelo administrador durante todo o processo licitatório, do seu início até o fim, e que variam dependendo do objeto a ser contratado, correspondendo às modalidades de licitação.

Além disso, também o administrador (e o legislador) não podem se afastar do pressuposto de que a licitação não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento que busca atingir uma finalidade, qual seja, a obtenção da melhor proposta.

⁵ Lei 8.666/93, 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. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#) I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço. IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#) § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo. § 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#) § 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#), levando em conta os fatores especificados em seu [parágrafo 2º](#) e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#) § 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo. § 6º Na hipótese prevista no art. 23, § 7º, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação.”

2.2. O DECRETO 2.300/86, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TRANSIÇÃO PARA A LEI 8.666/93

Em 21 de novembro de 1986 entrou em vigor o Decreto-Lei 2.300/86, o qual passou a regular a matéria de Licitações e Contratos, derogando os dispositivos do Decreto-Lei 200/67 referentes à matéria licitatória.

Pelas datas de suas incorporações ao mundo jurídico, notadamente relaciona-se este último ao período do Regime Ditatorial⁶ enquanto aquele, ao término deste momento e reestabelecimento da Democracia.

De forma apenas exemplificativa, e sem o intuito de aprofundamento no estudo do Decreto-Lei 2.300/86, nota-se que este trouxe algumas inovações em relação à legislação – Decreto-Lei 200/67. Em relação à manutenção do regramento anterior, é possível citar as modalidades de licitação e sanções; já nos aspectos em que trouxe novidade à regulação, destacam-se a extensão da obrigação de licitar às Empresas Estatais⁷ e modificação no procedimento de habilitação dos licitantes.⁸

Em 1988 é promulgada no Brasil a Constituição Federal, a qual, dentre outros desígnios, buscava limitar o poder do Estado e promover os direitos fundamentais. Representou, dessa forma, a ruptura com o passado - um sombrio cenário político brasileiro – e superação das arbitrariedades do Regime Ditatorial. Cabe um breve olhar sobre as normas constitucionais relacionadas ao tema – artigo 22, XXVII, artigo 37, XXI e artigo 173, 1º, III.

O artigo 22, XXVII estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, cabendo aos demais entes da federação legislar de maneira específica, observando os parâmetros das normas editadas pela União.

⁶ A Ditadura Militar, no Brasil, tem início no ano de 1964, perdurando até 1985. KOSHIBA, Luiz e PEREIRA, Denise Manzi Frayze. **História do Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Atual, 2003. Pp. 513 e 530.

⁷ No ano de 2016, entra em vigor a Lei 13.303, a qual regula as empresas estatais. Destacamos que não há intenção, no presente trabalho, no aprofundamento do estudo dessa legislação.

⁸ ROSILHO, André Janjácómo. Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas / André Janjácómo Rosilho – 2011. Dissertação (mestrado) Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Pp. 63

Já o artigo 37, XXI CRFB estabelece a regra constitucional da necessidade de licitar para a Administração Pública, ressalvadas eventuais exceções previstas em lei.

Por fim, o artigo 173,1º, III prevê a criação, por lei, do estatuto jurídico das empresas estatais econômicas, o qual, entre outros assuntos, deve estabelecer regras diferenciadas de licitação. Cabe mencionar que recentemente tal estatuto foi criado, Lei 13.303/16.

No âmbito infraconstitucional, diversas leis tratam do tema,⁹ sendo a principal a Lei 8.666/93 e, mais recentemente, a Lei 12.462/11, do Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Portanto, a Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de realizar processo licitatório prévio a celebração de contratos administrativos, de forma a escolher a melhor proposta para a Administração e, assim, satisfazer o interesse público, que é a razão de ser do Estado.

2.3. A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – LEI 8.666/93

Nesse item, aprofunda-se o olhar e análise sobre a Lei 8.666/93, a qual representa uma parte do objeto de estudo do presente trabalho. O referido diploma legal é a principal regulação sobre a matéria de Licitações e Contratos, sendo a ela combinada outras legislações posteriores, as quais disciplinam matérias específicas do tema de licitações e contratos administrativos.

Primeiramente, serão abordados os princípios que inspiram o procedimento licitatório.

2.3.1. Os princípios balizadores do processo licitatório

A seguir, estão expostos os princípios que regem o processo licitatório brasileiro. Nesta análise estão reunidos tanto os princípios constitucionais, por força da Lei Maior, quanto os princípios presentes na Lei 8.666/93. Oportuno destacar que existem outros princípios, implícitos e explícitos, que também exercem efeitos e norteiam a atuação da

⁹ Além das citadas acima, destacam-se: Lei 12.349/10, Lei 10.520/02, LC 123/06, Lei 9.478/97, dentre outras.

Administração Pública. Contudo, apenas alguns princípios foram trazidos para o presente trabalho, por uma necessidade de delimitação temática. Assim, a escolha teve como critério a maior aderência do tema e objetivo desse estudo com o princípio em análise. Há extensa doutrina para o aprofundamento do entendimento sobre princípios constitucionais, no que se refere ao direito administrativo. Podem ser destacados, a título de sugestão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Superada essa breve consideração, retoma-se a exposição do conteúdo deste capítulo. Como exposto no tópico 2.1, no qual foi abordado o conceito de licitação, por esta objetiva-se a seleção da melhor proposta, a qual represente maior vantagem ao interesse público, para que, desta forma, a Administração Pública celebre o contrato com o particular.

Importante também destacar novamente que a licitação não é um fim em si mesma, mas sim um instrumento para efetivar a contratação pela administração pública, ou seja, efetivar o interesse público. Além disso, diante da força normativa dos princípios, mesmo ausente regra que os concretize, o próprio princípio é suficiente para invalidar atos administrativos. Com tais ideias é que devem ser estudados os princípios.

2.3.1.1. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi inserido no artigo 37 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 19/98, concretizando a mudança de uma administração pública burocrática para uma administração pública gerencial. De forma objetiva e clara, pelo princípio da eficiência tem-se a melhor prestação de serviços à sociedade, atendendo às demandas desta, com a utilização racional, na forma ótima, dos recursos necessários. Este entendimento norteia os contratos de gestão, organizações sociais, agências autônomas, dentre outros institutos.¹⁰

Explicita e obrigatoriamente, a Constituição Federal, no caput do artigo 37 condiciona a atuação da Administração Pública, seja direta ou indireta, da União, Estado,

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed, São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 84.

Distrito Federal e Municípios, à observância do princípio da eficiência. Busca-se, pela adoção desse princípio, a “administração gerencial” e o afastamento da “administração burocrática”. Nesta, mais tradicional, prima-se pelo Princípio da Legalidade estrita; contudo, naquela primeira, os resultados têm maior destaque, sendo frutos da maior autonomia dos entes administrativos e redução dos controles de atividades-meio.¹¹

De acordo com Maria Sylvia Di Pietro,¹² como efeitos da adoção do princípio em análise, vislumbra-se o melhor desempenho do agente público em suas funções; e a forma racional, ótima da estrutura, organização e disciplina da Administração Pública. Por ambos os aspectos, seja pelo prisma do pessoal ou pelo da organização (de forma geral), o objetivo final é comum: os melhores resultados na prestação de serviços à sociedade, a qual é, na verdade, a própria financiadora.

Fica evidente, após exposição acima, a relação do princípio da eficiência com o processo licitatório. Em comum, está o objetivo da melhor prestação do serviço pela Administração Pública, por meio da utilização de recursos sem desperdícios ou excessos. No caso da Licitação, esse entendimento está representado na melhor proposta, a qual deverá ser escolhida. Esta atenderá ao critério, determinado no edital, o qual preza pelo melhor atendimento às demandas dos recursos da prestação de serviços e evitando-se gastos desnecessários. Em outras palavras, da forma mais eficiente possível.

2.3.1.2. Princípio da economicidade

Para Diogo de Figueiredo, o princípio da economicidade faz parte do conjunto de princípios gerais da Administração Pública pois “*se trata de aferir o desempenho em termos de custo-benefício da administração pública.*”¹³

À luz do princípio, espera-se que a Administração utilize os recursos da forma que represente o menor sacrifício, e neste caso deve ser entendido como financeiro, para o atendimento da necessidade envolvida na gestão pública. Portanto, como aponta

¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente – **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. Pp. 226.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed, São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 84.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira – **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pp. 176

Figueiredo, são necessários parâmetros mensuráveis, objetivos e claros. Por estes, será possível compreender, por análise, se os recursos estão sendo utilizados na forma do melhor custo-benefício, como resguarda o princípio da economicidade.

Especificamente, na Lei 8.666/93, nota-se a forte influência desse princípio no edital, o qual determina o critério para seleção da melhor proposta, a qual deverá atender da melhor forma possível o interesse público, tanto em termos financeiros, quanto na própria finalidade do serviço a ser prestado ou produto comprado. Como será visto em momento oportuno, a Lei 8.666/93 determina que os critérios e parâmetros a serem adotados no edital deverão ser objetivos, por meio dos quais possa se extrair a melhor proposta, sendo esta eleita por análise racional, afastando-se decisões subjetivas.

2.3.1.3. Princípio da moralidade

O princípio da moralidade condiciona o administrador público, em sua atuação, aos preceitos éticos.¹⁴ A moral que faz nascer esse princípio não é a moral comum, mas a jurídica, como apontam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. Como é jurídica, terá como efeito, no caso do desrespeito a esse princípio constitucional, a invalidação dos atos administrativos.¹⁵

A presença explícita, no artigo 37, da Constituição Federal, do princípio em tela tem por propósito fazer dos atos administrativos dotados da boa-fé e de probidade. O Constituinte buscou combalir as condutas do administrador que fossem por motivações próprias, em descompasso com uma imaculada gestão dos recursos públicos.

No caso do procedimento licitatório, em especial, faz-se primordial o direcionamento do poder-dever do administrador, margeado pela moralidade. Caso sua escolha fosse livre, poderia contratar o particular por motivos escusos, caracterizando nepotismo. Com a moral sendo um dos norteadores do ato de licitar, em si, o administrador é obrigado a ter atuação aderente ao texto legal, ou seja, respeitando os

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 20

¹⁵ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente – **Direito Administrativo Descomplicado**. 23º Edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. Pp. 212

procedimentos da licitação, os quais, em normalidade, atenderão ao melhor para o interesse público e, conseqüentemente, a moralidade estará inserida no processo de licitação. Apenas por este princípio, o qual direcionaria o agir do administrador público, o nepotismo já seria afastado, posto que fere a moralidade de sua atuação, representada pelos atos que pratica. Contudo, na prática, não fora esta a realidade vivenciada. O STF, em sua súmula vinculante nº 13, traz a violação à Constituição Federal pelas nomeações de cargos ou função gratificada, feitas pelo administrador público, na presença de parentesco.¹⁶

2.3.1.4. Princípio da legalidade

Agora, caminha-se o estudo aos princípios relacionados diretamente à licitação, estando presentes no art. 3º da Lei 8.666/93. A legalidade é também princípio constitucional expresso no artigo 37, mas que por escolha fora considerada na parte destinada ao conjunto de princípios com maior destaque na Lei de Licitações e Contratos.

Como aponta José dos Santos Carvalho Filho, “o Princípio da Legalidade é talvez o princípio basilar de toda atividade administrativa”.¹⁷ Por isso, impede que o administrador aja ao seu bel-prazer, forçando-o a comportar-se em total respeito ao texto legal que deva ser observado.¹⁸ Limita-se a atuação daquele ao que está positivado, sua atuação é cerceada ao que a lei diz que poderá ou não ser feito.

¹⁶ STF, Súmula Vinculante nº 13 “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 233

¹⁸ A Lei 8.666/93 limita a discricionariedade do administrador ao estabelecer que deverá comunicar ao seu superior hierárquico os casos de dispensa e inexigibilidade, sendo sua decisão fundamentada. Funciona, assim, como um mecanismo de controle, o qual busca evitar ilegalidades no processo licitatório. A contratação direta, portanto, só será possível com a autorização do superior hierárquico. A seguir, o artigo 26, da Lei 8.666/93 que traz o entendimento supracitado. Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Ao aplicar tal princípio na temática de licitação, observa-se que caberá ao administrador - o qual está obrigado a fazer - observar quando poderá realizar uma licitação – e a prerrogativas necessárias -, além de todos os procedimentos inseridos no processo envolvido. Assim, haverá legalidade em todos os atos que, em conjunto, resultarão na escolha da melhor oferta.

2.3.1.5. Princípio da igualdade e da impessoalidade

O princípio da igualdade está positivado no caput do artigo 5º da Constituição Federal, bem como no artigo 37, XXI. Na Lei 8.666/93, encontra-se o princípio no caput do artigo 3º expresso pela denominação de princípio da isonomia. Compete ao administrador assegurar tratamento isonômico ao longo de todo o procedimento licitatório àqueles que estejam participando do certame.

Assim, haverá também a incidência do princípio da impessoalidade¹⁹, posto que não ocorrerá favorecimento a nenhum interessado, garantindo a concorrência clara e justa, em relação à licitação, e afastando possíveis favorecimentos. Caberá ao administrador disponibilizar todas as informações e esclarecer os critérios pelos quais os licitantes serão julgados para que, assim, estes possam ter as mesmas chances de elaborar a ofertar a melhor proposta.

Esta é a regra geral, a qual comporta algumas exceções. Diogo de Figueiredo aponta que os licitantes só poderão ser desigualados mediante critérios objetivos, os quais estejam presentes no edital ou em lei e cujo resultado da diferenciação esteja identificada à proposta mais vantajosa.²⁰ A Lei 8.666/93, estabelece tratamento diferenciado nos seguintes casos: a) Quando se tratar da origem do produto, a qual prioriza-se a brasileira, conforme parágrafo segundo do artigo 3º da supracitada lei; b) Preferência por práticas e critérios sustentáveis, conforme artigo 3º, caput; c) e, por fim, o tratamento diferenciado destinado ao micro e pequeno empreendedor previsto Lei Complementar 123/06.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 234

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pp. 261

Cabe mencionar que a LC 123/06 materializa comando constitucional que assegura tratamento mais favorável para Microempresa, Empresa de Pequeno Porte e Cooperativas: art. 5º, XVIII; art. 146, II, *c, d*; art. 174, §2º e, art. 179. Em síntese, para efetivar o princípio da igualdade é necessário tratar igualmente aqueles que estão na mesma situação jurídica e fática e tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Esta ponderação, como atesta José Afonso da Silva, é a igualdade em sentido material, a qual deve ser perseguida na aplicação do direito, em especial, do princípio da isonomia.²¹

2.3.1.6. Princípio da publicidade

Para Diogo de Figueiredo o princípio da publicidade tem natureza instrumental e visa a garantia do amplo conhecimento do andamento das fases do processo pelos participantes. A restrição da informação só poderá correr, como é exceção, por motivação que esteja relacionada ao interesse público, trazendo, assim, nas palavras do autor, o princípio setorial redutor do sigilo,²² conforme exposto abaixo:

“O princípio da publicidade, de natureza instrumental, se aplica amplamente com vistas a assegurar aos interessados, em todas as fases do processo, o pleno conhecimento de seu procedimento, para garantia formal da observância dos demais princípios substantivos, de modo que a publicidade só poderá ser limitada motivadamente, no interesse público, por aplicação, expressa e excepcionalmente prevista, do princípio setorial redutor do sigilo” (MOREIRA NETO, 2014. Pp 199)

O princípio da publicidade está presente na Lei 8.666/93, no caput do artigo 3º e em seu parágrafo 3º, do mesmo dispositivo legal.

Assim, é possível acompanhar e fiscalizar os procedimentos, envolvidos no processo licitatório, pelos licitantes, por órgãos do controle interno e externo e pela sociedade. Esse controle ocorre tanto pela necessidade de comunicar o ato, tornando-o público, como de motivar as decisões de qualquer etapa do processo. Com isso, há maior controle do andamento da licitação por todos aqueles grupos de interessados expostos

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivado**. 24. Ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES. Pp.215, 216 e 217.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pp. 199

acima.²³ Quais sejam estes: os próprios participantes da licitação, os órgãos de controle e a sociedade.

A aplicação do princípio da publicidade produz a igualdade entre os licitantes, pelo menos em termos informativos, estando, assim, em consonância com o princípio da isonomia. Porém, José dos Santos Carvalho aponta outro efeito da ampla divulgação das informações referentes ao processo licitatório. Para o autor, com a amplitude da comunicação sobre a licitação, mais pessoas tomarão ciência desta, aumentando a chance de mais interessados e, conseqüentemente, potencializando a proposta mais vantajosa. Assim, há maior eficiência na seleção do vencedor da licitação.²⁴ Além da atração de participantes em potencial, outro efeito da ampla comunicação é a possibilidade de qualquer cidadão - parte legítima - impugnar o edital, por irregularidades na aplicação da Lei 8.666/93, conforme art. 41, § 1º do referido diploma legal.²⁵

2.3.1.7. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O principal objetivo do princípio da vinculação ao instrumento convocatório é trazer segurança aos envolvidos e interessados no processo licitatório. Através de tal princípio, o poder público se auto vincula ao instrumento convocatório. Nota-se, aqui, que o instrumento convocatório é gênero, do qual são espécies o edital e a carta-convite, conforme o tipo de licitação - este assunto será abordado posteriormente.

A segurança ocorre tanto para o licitante, quanto para o administrador, pois ambos estão umbilicalmente ligados ao instrumento convocatório. O que estiver estipulado e normatizado neste, deverá ser seguido pelos interessados e pela Administração Pública. Caso ocorra desrespeito, o procedimento que não tiver sido realizado em observância à regra, será inválido e poderá ser modificado via judicial ou administrativa²⁶. As decisões

²³ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente – **Direito Administrativo Descomplicado**. 23º Edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. Pp. 638

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 235

²⁵ Lei 8.666/93, art. 41, § 1º § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 235

da Administração Pública deverão respeito à Constituição, à lei, ao regulamento e ao exposto no ato convocatório.²⁷

É pelo instrumento convocatório que os participantes da licitação estruturam sua proposta e ofertam um valor. As condições estabelecidas no edital deverão vigorar no momento da execução do objeto da licitação para que nem o vencedor seja prejudicado – caso a alteração lhe seja danosa; nem para que aqueles que participaram da licitação, e perderam, se sintam prejudicados diante de alterações posteriores.²⁸ O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está presente na Lei 8.666/93 nos artigos 3º e 41 caput.²⁹³⁰

2.3.1.8. Princípio do julgamento objetivo

Por fim, o último princípio em estudo nessa exposição é o do julgamento objetivo. De certa forma, esse princípio está relacionado ao anteriormente tratado, o da vinculação ao instrumento convocatório. Isso porque, no do julgamento objetivo, deverá a Administração, em sua escolha da melhor proposta, se ater aos critérios expressos no edital ou carta-convite para a eleição do licitante vencedor. Além disso, o princípio do julgamento objetivo também é manifestação do princípio da impessoalidade, garantindo tratamento igual aos interessados na licitação.

Como o instrumento convocatório determinou critérios objetivos para que seja escolhida a melhor proposta, serão por estes que os participantes da licitação serão julgados, conforme artigos 44 e 45 da Lei 8.666/93.

A escolha da proposta é, assim, ato administrativo decisório pautado na aplicação de critérios quantitativos e qualitativos, os quais estão contidos no instrumento

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pp. 199

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed, São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 387.

²⁹ Lei 8.666/93, 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.”

³⁰ Lei 8.666/93, art. 41º, caput “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

convocatório.³¹ Assim sendo, o administrador elegerá aquele licitante que ofertou a melhor proposta, a qual foi analisada segundo critérios objetivos e mensuráveis, previamente determinados no edital ou na carta-convite.

Vale destacar que, apesar do princípio afastar a subjetividade na escolha, esta estará de certa forma presente quando o critério for “melhor técnica” ou “técnica e preço”.³²

2.4. AS MODALIDADES E FASES DE LICITAÇÃO

Superado o entendimento dos principais princípios presentes na matéria de Licitação, agora, mais especificamente, o estudo volta-se a Lei 8.666/93 em seus principais regramentos acerca do tema. Foram eleitos, dentro do bojo da referida lei, os mais relevantes pontos para serem analisados aqui, de acordo com os objetivos do presente trabalho. Nesse entendimento, a seguir, estão expostas as modalidades e fases do processo licitatório.

2.4.1. Modalidades de licitar

Modalidade de licitação é o procedimento administrativo que deve ser observado pelo poder público na escolha da proposta mais vantajosa. Portanto, não se confunde com tipo de licitação. Modalidade é o procedimento, enquanto tipo de licitação é critério de julgamento, artigo 45, Lei 8.666/93.

Em relação às modalidades, de acordo com o artigo 22 da lei 8.666/93, pode uma licitação ser classificada na modalidade concorrência, tomada de preço, convite, concurso ou leilão. A combinação de modalidades e inovação pela criação de uma nova são vedadas por força do artigo 22, §º 8, da Lei supracitada. Além disso, preliminarmente, cabe destacar que há uma hierarquia entre as modalidades de licitação, estando a concorrência,

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pp. 262

³² ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente – **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. Pp. 654

a mais complexa, no topo, seguida pela tomada de preço e convite. A seguir, aborda-se cada uma delas.

2.4.1.1. Concorrência

Como dito, é a modalidade de licitação mais complexa entre o seu conjunto de semelhantes. De acordo com o artigo 22, §1º da Lei 8.666/93, essa modalidade recebe o seguinte conceito:

“A concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.” (art. 22, Parágrafo 1º, Lei 8.666/93)

Realizada nos casos de obras, serviços e compras, a concorrência não apresenta um valor máximo para que seja realizada. Em relação ao valor mínimo é importante destacar que a lei estipula, mas Administração Pública poderá realizar a concorrência, em detrimento de outra modalidade hierarquicamente inferior.³³ De acordo com o artigo 23, I, c e, II, c, da Lei supracitada, a concorrência deverá ser adotada nas obras e serviços de engenharia cujo valor ultrapasse R\$ 1.500.000, 00 (um milhão e quinhentos mil reais) e nas compras e outros serviços em que supere R\$650.000, 00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Nota-se que nos casos expostos acima é um grande esforço financeiro pela Administração Pública, exigindo considerável consumo de recursos. Como reflexo disso, aplica-se na concorrência maior rigor formal, além de exigir divulgação ainda mais intensificada.³⁴ O rigor mais forte é percebido pela presença de fase inicial de habilitação preliminar, na qual os interessados já são analisados em relação às suas capacidades e características. Já a publicidade mais ampla, como aponta Carvalho Filho, é notada na própria Lei 8.666/93, no artigo 21, § 2º I, b e II, a, a qual atribui maior prazo aos avisos dos editais da modalidade concorrência.³⁵

³³ Lei 8.666/93, art. 23º, §4º “Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.”

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 261

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Pp. 262

As exceções nos casos de obrigatoriedade de adoção da Concorrência, nos quais o critério não é o preço, mas o objeto do contrato, por regulação expressa em lei no artigo 23, § 3º Lei 8.666/93, são: a) pela Administração, aquisição e alienação de bens imóveis (aqui c/c artigo 19); b) licitações internacionais; e c) contrato cujo objeto seja a cessão direito real de uso.

2.4.1.2. Tomada de preço

Modalidade licitatória regulada pelo artigo 22, § 2º da Lei 8.666/93 para contratações de médio vulto. A seguir, a classificação, de acordo com este dispositivo legal:

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.” (Art. 22, § 2º, Lei 8.666/1993).

Essa modalidade, assim como a anterior, também tem sua adoção condicionada ao valor do objeto da licitação. Conforme artigo 23, I, *b*, para obras e serviços de engenharia, adotar-se-á a tomada de preço para a faixa entre R\$ 150.000,00 (cinto e cinquenta mil reais) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Já para compras e outros serviços, segundo artigo 23, II, *b*, que estejam na faixa de preço entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Comparativamente à concorrência, na tomada de preço há um cerceamento em relação aos possíveis licitantes. Como aponta Carvalho Filho, só participam da competição aqueles que estão previamente cadastrados, os chamados candidatos básicos, cadastrados em repartições públicas; ou aqueles cadastráveis. Estes serão sujeitos que tenham interesse em participar da licitação e demonstrem capacidade para tal, antes da data final da proposta.³⁶

O cadastro tem, portanto, duas finalidades: antecipar a fase de habilitação dos interessados e, em princípio, apenas os cadastrados podem participar da tomada de preços. Contudo, conforme artigo 22, §3º, qualquer interessado em participar da licitação poderia ser cadastrado, após manifestação e com antecedência de três dias do recebimento das

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Juris, 2009. Pp Janeiro: Ed. Lumen. 262

propostas.³⁷ A justificativa seria que com o aumento do número de participantes, consequentemente cresce o número de propostas, respeitando o interesse público.

Para Maria Sylvia Di Pietro, essa possibilidade de receber participantes que não estavam cadastrados previamente prejudica vantagens da tomada de preço, como a menor burocracia. Se antes da lei 8.666/93, a qual trouxe a possibilidade supracitada, a comissão de licitação apenas verificava a documentação dos licitantes cadastrados; passou-se a analisar não só os documentos destes, mas também daqueles interessados que chegam em momento posterior. Assim, conforme a autora supracitada, acaba que fase de habilitação, na tomada de preço, quase é igualada à da concorrência. Como solução ao problema descrito, o que tem acontecido, é a comissão de licitação aceitar o protocolo de entrega de documentos, realizando o cadastro. Caso este não seja realizado até a fase de habilitação, então esta será realizada, sob a condição de aceite na documentação. Em outras palavras, condiciona-se a produção de efeitos do registro à regularidade dos certificados apresentados pelo licitante³⁸

2.4.1.3. Convite

Modalidade regulada pelo artigo 23, §3º, da Lei Licitatória para contratações de baixo valor econômico, como exposto a seguir:

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. (Art. 23, §3º, Lei8.666/93)

Nessa modalidade há uma alteração em relação às anteriores, pelo fato de o instrumento convocatório não ser o edital, mas sim a carta-convite, a qual é endereçada aos interessados. Em geral, são enviadas para, no mínimo, três interessados, os quais

³⁷ Lei 8.666/93, art. 22, §2º “ Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.”

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed, São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 416

devem integrar o setor do objeto da licitação. Aqui, o administrador poderá escolher entre os cadastrados e os não cadastrados para que seja enviada a carta-convite.³⁹

Em análise do artigo 23, I, *a* e II, *b*, nota-se que a adoção da modalidade convite está condicionada a um limite de preço, sendo admitida, apenas, nas obras e serviços de engenharia cuja valo seja até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e em compras e outros serviços de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Comparativamente com as duas modalidades anteriores, a concorrência e a tomada de preço, o convite apresenta menor formalismo. E a justificativa está no exposto acima, isto é, nos valores máximos admitidos. Por representarem menores esforços financeiros, conseqüentemente, há menor formalidade; mas, assim, tende a ter maiores atos de improbidade.⁴⁰ Entretanto, apresenta algumas vantagens, como a maior celeridade na escolha da oferta mais vantajosa

O artigo 22, §7º, da Lei8.666/93 traz uma exceção quanto ao número de participantes da licitação. Nos casos de limitação do mercado ou desinteresse dos convidados, poderá, desde que com motivação, a Administração prosseguir com um número menor que três propostas, como consta no §3º do mesmo artigo. A não fundamentação implicará, por força de lei, na realização de um novo convite.

Carvalho Filho aponta que existem entendimentos que pelo número insuficiente de interessados, ou seja, três, poderia a Administração anular o convite. Contudo, o autor não reforça essa tese, pois acredita que: a) a lei apenas exige que a convocação seja endereçada para, no mínimo, três interessados, mas não fala em comparecimento; b) não tece relação entre os parágrafos 7º e 3º, afirmando que nem sempre o convite pode ser repetido; c) e, por fim, que os interessados, que se apresentaram após serem chamados, tem direito subjetivo de ter suas propostas analisadas pela Administração, não sendo cabível que estes sejam penalizados pelo não interesse do restante.⁴¹

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Juris, 2009. Pp Janeiro: Ed. Lumen. 264

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen , 2009. Pp. 265

⁴¹CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21º ed, Rio de Janeiro: Ed. Lumen , 2009. Pp. 265

Superada essa divergência, pelo artigo 22, §6º do diploma legal supracitado, entende-se o cenário em que há mais de três interessados. Por força do dispositivo, não poderão ser sempre apenas os mesmos três convidados.⁴² Caso o objeto de uma licitação seja repetido, isto é, seja idêntico ao de certame anterior, a administração poderá convidar os mesmos três interessados que participaram desta. Haverá, no entanto, a necessidade de um novo participante por dois motivos: para que não seja desrespeitado o princípio da impessoalidade e para perseguir a proposta mais vantajosa à Administração.⁴³ Assim, uma possível conduta fraudulenta do administrador teve sua chance de ocorrência enfraquecida.

Para Rafael Oliveira, há necessidade de serem apresentadas três propostas efetivas, para manutenção da validade do certame. Há fragilidade no singular envio de convites a três interessados. Com esse maior cuidado, o que se vislumbra é diminuir as chances de burla ao processo licitatório; com um maior número de propostas, potencializa-se a concorrência, o que é favorável ao interesse público. O autor ainda aponta a necessidade desse entendimento até pela restrita publicidade nessa modalidade.⁴⁴

Por fim, é oportuno destacar que candidatos cadastrados, mas que não foram convidados, poderão requerer habilitação até 24 horas antes das propostas serem entregues, conforme art.22, §3º, da Lei 8.666/93.

2.4.1.4. Concurso

Por concurso, conforme artigo 22, §4º, da Lei 8.666/93, entende-se que:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. (Art.22, §4º, Lei 8.666/93)

⁴² Lei 8.666/93, art. 22, §6º “ Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

⁴³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – **Licitações e contratos administrativos**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Pp. 66

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – **Licitações e contratos administrativos**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Pp. 65

A ocorrência da modalidade de concurso está relacionada a um trabalho e não a realização de obras, prestação de serviços de engenharia ou compra. O caput do artigo 52 prevê a elaboração de um regulamento próprio a ser disponibilizado aos interessados.

A comissão que julgará o vencedor, conforme artigo 51, §5º, será composta por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, sendo servidores públicos ou não. Aquele que vencer o concurso autoriza o uso pela Administração quando esta julgar conveniente, conforme artigo 52, §2º.

2.4.1.5. Leilão

Chega-se ao leilão, regulado pelo artigo 22, §5º:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Art. 22, §5º, Lei 8.666/93)

Poderá a Administração realizar o leilão para alienação de bens móveis, isolada ou em sua totalidade, se o valor não ultrapassar R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), conforme art. 17, §6º.

Em relação ao leiloeiro, pelo caput do artigo 53 poderá ser um oficial ou servidor designado pela Administração. Aquele que arrematar deverá pagar à vista ou parcelado mediante entrega de 5% do valor da avaliação e, posteriormente, quitação do saldo devedor, sob pena de perder o valor já recolhido em benefício da Administração. O leilão poderá, ainda, ser modalidade escolhida para alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja origem tenha sido dação em pagamento ou procedimentos judiciais (art. 19, III, Lei 8.666/93).⁴⁵

⁴⁵ Lei 8.666/93, art. 19 “Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I - avaliação dos bens alienáveis; II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação ~~III - adoção do procedimento licitatório.~~ III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

2.5. FASES DA LICITAÇÃO

Superado o entendimento quanto às modalidades de licitação, analisa-se, brevemente, quais são as fases do processo licitatório. Este é composto pela fase interna e a externa. Na primeira estão envolvidos apenas aqueles que compõem a Administração Pública, excluindo estranhos a esta. Já na outra fase, a externa, estão presentes tanto a Administração, quanto terceiros. O estudo abaixo direciona-se para esta última fase.

2.5.1. Publicação

A publicação do edital apresenta duplo efeito, pois é responsável pelo encerramento da fase interna e início da fase externa.

O instrumento convocatório, em respeito ao artigo 40 da Lei 8.666/93, deve conter todas as regras e estipulações que encaminharão o processo licitatório; tal instrumento é a lei da licitação e do contrato,⁴⁶ pois regulamenta como será feita a licitação e, posteriormente, a execução do objeto desta. Assim, condiciona o agir da administração e do contratado a observância e respeito ao instrumento convocatório firmado.

2.5.2. Habilitação

Regulada pelo artigo 27, da Lei 8666/93, nessa fase será verificada a capacidade dos licitantes em prosseguir no processo licitatório, de acordo com o atendimento aos requisitos elencados no artigo supracitado, quais sejam: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Em relação à regularidade fiscal, há divergência, a qual ainda não foi superada, existindo os três entendimentos⁴⁷: a) Para a primeira corrente, o licitante deve comprovar quitação fiscal em relação a todos os tributos, isto é, regularidade com a União, Estado e Município, conforme artigo 29, III da Lei 8.666/93; b) já para a segunda corrente, apenas

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed, São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 423

⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 76

os tributos vinculados ao contratante que ensejam regularidade, ou seja, apenas daquele Ente federativo. Nesse entendimento, Marçal Justen Filho; c) por fim, para a última corrente, os tributos que o licitante deve estar com quitação fiscal seriam apenas aqueles relacionados à prestação do serviço, ou seja, da incidência da atividade. Corroboram esta corrente: Marcos Juruena Villela Souto, Flávio Amaral Garcia e Jessé Torres Pereira Junior.

Vale destacar, por fim, que o licitante deverá manter suas características aprovadas na fase de habilitação durante todo o processo licitatório, conforme artigo 55, XIII, da Lei 8.666/93.

2.5.3. Julgamento

Nessa fase será identificada, pelo critério estipulado no edital ou carta-convite, quem será o vencedor da licitação, por força do artigo 44, da Lei das Licitações. Para realizar a escolha, conforme artigo 45, da Lei 8.666/93⁴⁸, será feita uma comissão, denominada de Comissão de Licitação, a qual, por critérios objetivos, presentes no instrumento convocatório, julgará a melhor proposta. A objetividade na análise possibilita o melhor controle de legalidade para os licitantes e órgãos de controle.

A saber, poderão ser tipos de licitação: menor preço⁴⁹, melhor técnica⁵⁰, técnica e preço⁵¹ e maior lance ou oferta.⁵²

⁴⁸ Lei 8.666/93, art. 45 “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.

⁴⁹ Lei 8.666/93, art. 45, §1º, I “a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

⁵⁰ Lei 8.666/93, art. 46 “Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.”

⁵¹ Idem

⁵² Lei 8.666/93, art. 45, §1º, IV “a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”

2.5.4. Homologação

Para Carvalho Filho, essa fase encontra-se no campo do poder de controle hierárquico da autoridade superior, cuja natureza jurídica do ato administrativo é de confirmação.⁵³ Contudo, para tanto, apontam Alexandrino e Paulo⁵⁴:

“Na etapa de homologação é exercido um controle de legalidade do procedimento licitatório. Verificando uma irregularidade no julgamento, ou em qualquer fase anterior, a autoridade competente não homologará o procedimento, devolvendo o processo à comissão para correção das falhas apontadas, se isso for possível. Caso se trate de vício insanável, deverá ser anulado o procedimento, se não integralmente, pelo menos a partir do ato ilegal, inclusive.” (ALEXANDRINO e PAULO, 2015. Pp. 671)

2.5.5. Adjudicação

A última fase apresenta a conclusão do processo licitatório. Nela há a entrega do objeto da licitação ao vencedor. É ato vinculado.⁵⁵ Importante destacar que o processo licitatório, após a eleição da melhor proposta, será apreciado por autoridade superior, a qual poderá homologá-lo ou revogá-lo na hipótese da realização da contratação não ser viável à Administração, pelo interesse público. Caso ocorra essa última opção, não poderá o licitante vencedor reclamar indenização; a vitória no processo licitatório gera apenas a expectativa de contratação, a preferência em ser firmar um contrato com a administração pública. Ou seja, não há direito subjetivo.

Contudo, se o resultado final da licitação for homologado, ainda que carente de adjudicação, há a confirmação do interesse do Estado em contratar. Assim, nesse cenário, o particular poderá pleitear indenização, caso não haja a adjudicação do certame. A mera expectativa - ocorrida após da homologação e ainda que sem a adjudicação - torna-se direito efetivo à realização do contrato, pelo princípio da boa-fé e presunção de legalidade dos atos administrativos, como aponta Carvalho Filho.⁵⁶

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21 ed, Rio de Juris, 2009. Pp Janeiro: Ed. Lumen. Pp.281

⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 23. ed. ver., atual, e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 671.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21 ed, Rio de Juris, 2009. Pp Janeiro: Ed. Lumen. 282

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21 ed, Rio de Juris, 2009. Pp Janeiro: Ed. Lumen. 282

2.6. A LEI 8.666/93 EM SUA IMPLEMENTAÇÃO: AS PRINCIPAIS CRÍTICAS

Vencida a abordagem dos aspectos técnicos referentes à Lei 8.666/93, segue-se com exposição sobre os efeitos dessa legislação e quais seriam as principais críticas relacionadas à sua aplicação, bem como algumas leis que surgiram em decorrência das necessidades não atendidas pela lei supracitada.

Como exposto anteriormente, a transição do Decreto Lei 2.300/1986 para a Lei 8.666/93 teve como busca o maior controle das ações do administrador, mas que, para isso, produziu um excesso burocrático no processo licitatório.

Nesse sentido, Rafael Oliveira afirma:

“A instituição do regime de contratações públicas pautada no excesso de formalismos procedimentais não trouxe o benefício esperado, quando da substituição do Decreto Lei 2.300/1986 pela Lei 8.666/1993, que era, à época, diminuir a corrupção no bojo dos procedimentos licitatórios, por meio da redução da discricionariedade do Administrador e da ampliação dos mecanismos de controle.” (OLIVEIRA, 2015. Pp. 150)

O autor elenca três principais efeitos colaterais da Lei 8.666/93 para a Administração Pública: a) o preço mais elevado, se comparado ao do mercado, a que se chega nas licitações, sendo isto consequência do excesso de procedimentos detalhistas e complexos, os quais restringem a competitividade e levam os licitantes a incluir, no seu preço final, o valor incorrido pela burocracia; b) o ritmo lento que caracteriza o processo licitatório, com mais destaque, na morosidade, para as fases de habilitação e julgamento; c) e a licitação sendo vista como um fim em si mesma, num recorte fora da realidade e com destaque para a questão processual, o que afasta a economicidade para administração pública.⁵⁷

Consoante com o exposto acima, Marcos Juruena Villela Souto⁵⁸ afirma:

“Em pleno século XXI e sob a provocação de repensar o Direito Administrativo, não se pode achar que a efetivação da seleção da proposta mais

⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 150

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pp. 555

vantajosa para a Administração se desenvolva, apenas, por meio de um procedimento formal conduzido por servidores públicos, em repartições públicas, com uso de arquivos públicos e do papel impresso como única forma de promover a escolha pública e eficiente. Nem a economia e nem o meio ambiente aturam mais os mesmos métodos, do início do século passado.” (SOUTO, 2008. Pp.555)

Souto analisa que o processo licitatório exige um enorme uso de recursos, seja de pessoal, tempo ou financeiro, cujos efeitos não são compensatórios. Segundo o autor, a morosidade da licitação começa já em sua fase interna, aquela na qual apenas a Administração Pública está inserida. Para esta etapa são criadas estruturas, processos e calendários – consumindo assim tempo, pessoal e dinheiro – e o que se produz são documentos de cadastro de fornecedores e calendário de licitações. Diante desse cenário é possível depreender que os particulares se programam para atender a Administração e vencer o burocrático processo licitatório. Isso altera a lógica natural do mercado, pois os agentes deste terão que se preparar para participar do certame. No funcionamento normal do mercado, os particulares já estão prontos para atender as demandas dos clientes, estando sempre atentos a sua competitividade em relação aos concorrentes. Além disso, aponta o autor, que o cadastro de preços, na lógica, seria eficiente. Com este se economizaria uma parte da burocracia – análise da documentação dos participantes – o que tornaria o processo mais célere. Contudo, o cadastro não implica na não realização da licitação. Apenas são arquivados os dados, mas não o preço que o participante pratica em sua atividade econômica. Para saber este, será realizada nova consulta aberta, específica e eventual.⁵⁹

O autor supracitado ainda aponta que os preços que os participantes ofertarão serão específicos para aquela competição, estando diferente daquele praticado no mercado. Muitas vezes, como aponta Souto, os dados estão prontos e disponíveis no mercado, mas, seguindo a lei 8.666/93, cria-se uma enorme estrutura para registros dos preços – com validade de um ano – o que demanda tempo, uso de pessoal e gastos gerais incorridos neste arquivamento. Aqui, nota-se, que a licitação não cumpre o objetivo de angariar a melhor proposta. Na verdade, os preços não são os verdadeiros e, com isso, há maior custo ao Erário. No capítulo dedicado à análise do Regime Diferenciado de

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pp. 556

Contratação, será apresentada uma alternativa para esse desajuste nos valores, com fundamentação na doutrina.

Toda a burocracia pela qual a Lei 8.666/93 exige que seja vencida na licitação não chega nem a produzir efeitos positivos ao interesse público, resultando, na verdade, em maiores custos financeiros e morosidade no processo. E estando, o exemplo acima, apenas na fase interna da licitação.

Na fase externa, uma das críticas da doutrina recai sobre a fase de Habilitação anteceder a do Julgamento. Nessa lógica, a Administração Pública deve recolher, analisar e julgar toda a documentação – registra-se: extensa – de cada um dos interessados em participar da licitação. Os vencedores passarão para a próxima fase em que apenas um deles terá escolhida a proposta. Exige-se, assim, um imenso trabalho que não produz efetivamente ganhos ou que seja justificado.

A Lei 10.520/02⁶⁰, a qual inseriu a modalidade pregão, inova ao inverter a ordem das fases, trazendo o Julgamento para momento anterior à Habilitação. Isso representa economia de recursos, pois apenas um licitante terá sua documentação analisada, isto é, aquele que oferecer a melhor proposta. Essa inovação trazida pela lei supracitada corrobora o entendimento de que o processo licitatório precisa ser revisto, pois, nos termos atuais, gera morosidade e gastos desnecessários, sendo que novos procedimentos apresentam melhores resultados e, ainda sim, contemplam o controle frente irregularidades.

Contudo, é sabido que o custo político para alteração da Lei 8.666/93 é altíssimo para a Administração Pública, em seu trâmite no Congresso Nacional; mas, com as desvantagens expostas acima, é necessário que seja equilibrada a lógica econômica dos resultados com a lógica ética dos princípios do instituto do Direito em tela.⁶¹ Assim, a

⁶⁰ A modalidade Pregão, instituída pela Lei 10.520/02, é destinada para a aquisição de bens e de serviços comuns. Estes são dotados das seguintes características: padrões de qualidade e de desempenho definidos objetivamente no edital e termos usuais no mercado. A adoção da modalidade não está condicionada ao valor do contrato, mas sim ao objeto deste; pode ser utilizada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O critério adotado será sempre o menor preço. Para maior aprofundamento do tema: autor Rafael Carvalho Resende Oliveira, livro *Licitações e Contratos administrativos*.

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pp. 553

exemplo da Lei 10.520/02, citada anteriormente, as alterações estão sendo feitas de forma setorial, preservando a Lei Licitatória. As inovações evoluem até a chegada da Lei 12.462/11, a qual trouxe o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) à temática de licitações.⁶² A seguir, aprofunda-se o estudo sobre a Lei 12.462/11, um dos objetivos do presente trabalho.

⁶² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4^a. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 151

3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (LEI 12.462/2011) E SUAS MODIFICAÇÕES NO PROCESSO LICITATÓRIO

Em 04 de agosto de 2011 foi incorporada, ao conjunto de legislação, a Lei 12.426 a qual trouxe o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) ao mundo jurídico e, mais especificamente, do direito administrativo brasileiro. O processo pelo qual a lei supracitada fora inserida sofre críticas quanto à sua constitucionalidade e a correta aplicação dos procedimentos jurídicos.

O RDC fora motivado, principalmente, pelos grandes eventos esportivos programados para ocorrer no Rio de Janeiro, nos anos entre 2013 e 2016, e que exigiram, para sua realização, obras de infraestrutura de grande porte. Em 2011, diante do curto período de tempo e da grandiosidade das obras que teriam que ser executadas e, conseqüentemente das contratações que precisavam ser efetuadas, a Lei 8.666/93 não seria capaz de atender de forma satisfatória tais necessidades do poder público. Isso porque, como já explicado, o procedimento licitatório da Lei 8.666/93 apresenta formalidades exageradas, com extensa burocracia, gerando alto custo e demandando tempo incompatível com a brevidade requerida diante da proximidade dos eventos esportivos mencionados.

Assim, nesse cenário, a solução foi a criação do Regime Diferenciado de Contratação, com a simplificação dos procedimentos de maneira a concretizar as contratações necessárias à realização desses eventos. Inicialmente criado pela Medida Provisória 527/11, que foi convertida na Lei 12.462/11. A aplicação desse regime diferenciado é condicionada ao objeto da licitação, ou seja, apenas diante de alguns casos estabelecidos em lei, será aplicada a Lei 12.462/11, afastando, ainda que com algumas exceções, a aplicação da Lei Geral de Licitação.

Importante observar, contudo, que as hipóteses autorizadoras da aplicação desse regime diferenciado foram sendo expandidas cada vez mais por leis posteriores,

demonstrando que o regime em análise apresenta resultados positivos.⁶³ Nesse contexto, é necessário compreender, sendo este o objeto de estudo do presente trabalho, as principais modificações na legislação licitatória. Assim, abaixo, estão aprofundados os temas de maior destaque, tendo em mente o objetivo nuclear do trabalho.

3.1. OS GRANDES EVENTOS ESPORTIVOS NO BRASIL E SUAS DEMANDAS

Nos anos de 2007 e 2009, o Brasil fora escolhido, respectivamente, para ser a sede da Copa das Confederações⁶⁴, em 2013, Copa do Mundo⁶⁵, em 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, em 2016. Para tanto, deveria o país realizar uma série de obras de infraestrutura, a qual comportasse a chegada dos atletas, os jogos que ocorreriam e as solenidades envolvidas nesses eventos. Como exemplo de tais construções são as de aeroportos em capitais de Estados com proximidade às localidades de ocorrência dos jogos e estádios esportivos.

⁶³ Lei.12.873/2013, Art. 1º Fica a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB autorizada a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural.

Lei 12.688/12, Art. 28. Os arts. 1o e 43 da Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, passam a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)” (NR)

Lei 12.745/12, Art. 4º O art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar com a seguinte alteração: “Art. 1º V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS” (NR)

Lei 12.980/14, Art. 1º A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo” (NR) “Art. 4º IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;” (NR)

Lei 13.190/15, Art. 1º A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; VII - das ações no âmbito da segurança pública; VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. E outras leis.

⁶⁴ As capitais sede da Copa das Confederações, no Brasil, foram: Belo Horizonte, Brasília, Fortaleza, Recife, Rio de Janeiro e Salvador. (<http://copadomundo.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/30/fifa-confirma-seis-sedes-na-copa-das-confederacoes-2013-e-brasil-estreia-dia-15-de-junho.htm>. Disponível em: 30/05/2012 / acesso em: 05/12/2016)

⁶⁵ As cidades-sede sede da Copa do Mundo, no Brasil, foram: Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Brasília, Curitiba, Salvador, Recife, Natal, Fortaleza, Manaus e Cuiabá. (<http://globoesporte.globo.com/Esportes/Noticias/Futebol/0,,MUL1177312-9825,00-BRASIL+CONHECE+AS+CIDADES+QUE+RECEBERAO+PARTIDAS+DA+COPA+DE.html>. Disponível em: 31/05/2009 / acesso em: 05/12/2016)

Contudo, por certo tempo, o poder público manteve-se inerte, ou pouco fez, em relação a essas demandas, desrespeitando acordo firmado pelo Brasil com os comitês esportivos relacionados a esses jogos esportivos. Para que fossem realizadas as reformas e construções necessárias, conforme exposto no capítulo anterior, a Administração Pública deveria, por força de lei, realizar um processo licitatório para a eleição da melhor proposta e, assim, contratar aquele que a ofereceu. Em razão do pouco tempo disponível, já que as datas dos jogos estavam cada vez mais próximas, e diante das limitações impostas pelas Lei 8.666/93, cria-se um cenário no qual uma nova legislação deveria atender, de forma mais célere e eficiente, às necessidades do interesse público.

Ainda que se possa questionar, e tal questionamento deve sim ser feito, sobre a inércia (intencional ou não) do poder público que intensificou a necessidade por uma legislação mais simples e célere, certo é que o prejuízo ao interesse público seria ainda maior caso não fossem tomadas as medidas necessárias à realização dos eventos esportivos.⁶⁶ Assim, surge, pela Medida Provisória n.º. 527/11, a qual, posteriormente, fora convertida na Lei 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), permitindo, assim, melhor aproveitamento dos recursos – seja de tempo, seja financeiro.

3.2. ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.462/11

O Regime Diferenciado de Contratação foi criado inicialmente pela Medida Provisória n.º 527, de 2011, posteriormente convertida na Lei 12.462/11. Em sua redação original essa medida provisória tratava apenas sobre a Presidência da República e seus Ministérios, a Secretaria de Aviação Civil e temas correlatos a aviação. No entanto, durante seu trâmite no Congresso Nacional, tal medida fora alvo de inserções de conteúdo, sendo acrescentado o Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Assim, já nesse aspecto começa a se questionar a constitucionalidade do regime diferenciado de contratações.

Primeiramente, questiona-se a existência ou não do requisito constitucional de relevância e urgência para edição de medida provisória, conforme menciona o artigo 62,

⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 153

CRFB.⁶⁷ Nesse aspecto, parece correto o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

“(…) não nos parece possível concluir pela inconstitucionalidade da Lei 12.462/11, tendo em vista a configuração da relevância e urgência para edição da MP 527/2011, especialmente pela proximidade dos eventos esportivos. Vale ressaltar que, apenas em situações muito excepcionais, o STF ingressa no controle do binômio da relevância e urgência das medidas provisórias.

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

⁶⁸ (OLIVEIRA, 2015. Pp. 153)

Além disso, há outro questionamento de vício formal. Isso porque, durante a tramitação no Congresso Nacional, houve a inserção, pelo Legislativo, de conteúdo completamente estranho ao conteúdo inicial da medida provisória parecendo violar o devido processo legislativo constitucional, em desrespeito ao artigo 62 CRFB. A completa ausência de pertinência temática das matérias inseridas pelo Legislativo no projeto original da medida provisória configuram verdadeiro abuso do poder de emenda, violando, assim, as normas constitucionais citadas sobre o devido processo legislativo, além de violar também a separação dos Poderes (artigo 2ºCRFB).⁶⁹ Ocorre que o tema não é tão simples quanto parece, já que não sendo competência privativa do chefe do Executivo legislar sobre licitação, seria possível, e constitucional, a emenda parlamentar sobre o assunto. Além desses questionamentos sobre eventuais vícios formais de inconstitucionalidade, também a compatibilidade do conteúdo da Lei 12.462/11 com a Constituição é alvo de análise. Assim, quanto à inconstitucionalidade material, tem-se alguns pontos principais de críticas:

⁶⁷ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

⁶⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 153

⁶⁹ Constituição Federal, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

1) O primeiro aponta para o excesso de poder atribuído ao administrador. Pelo artigo 1, § 2º da Lei 12.462/11⁷⁰, poderá o administrador escolher a regulamentação pela lei do RDC ou pela Lei 8.666/93. Além disso, os termos utilizados para determinar os casos em que o administrador poderá escolher ao seu bel-prazer a legislação que pautará a licitação, são muito vagas e imprecisas, o que reforça a insegurança causada por esta ampla discricionariedade atribuída ao Poder Executivo. Esse cenário desrespeitaria os artigos 22, XXVII e 37 XXI, da Constituição Federal. De forma resumida, a cerne da crítica está na atribuição, à Administração Pública, do poder de escolha da lei que regulará sua atuação.

A crítica não prospera, pois o administrador só poderá escolher pela incidência no RDC caso conste no instrumento convocatório e com decisão motivada. Além disso, não são vagos os casos de incidência da Lei 12.462/11. Na verdade, o que tem ocorrido, é a ampliação dos objetos que são capazes de atrair a aplicação do RDC, contudo, não há vagueza ou demasiada abstração nos casos possíveis de adoção da lei supracitada. Além disso, como aponta Rafael Oliveira, o RDC apresenta alinhamento com a tendência legislativa de melhorar a relação entre poder público e iniciativa privada, aumentando a troca entre esses dois atores, como, por exemplo, na promoção da troca de experiências em matéria de tecnologia⁷¹. Assim, é uma legislação com objetivos mais contemporâneos, em sinergia com as necessidades atuais da Administração Pública. Não fere princípios constitucionais, no que se refere a possibilidade de escolha, pelo administrador, de incidência do RDC e afastamento da Lei 8.666/93, posto que esta não é a única legislação a regular sobre o tema. Exemplo é a lei 10.520, de 2002, a qual disciplina o pregão. Além disso, o próprio STF decidiu pela constitucionalidade da Lei 9.478/97 e Decreto 2.745/98, que regulam as licitações da Petrobras, implicando no afastamento da Lei 8.666/93.^{72 7374}

⁷⁰ Lei 12.462/11, art.1§2º “§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.”

⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 154

⁷² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 155

⁷³ STF, 2.ª Turma, AC-MC-QO 1193/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.06.2006, p. 18 (Informativo de Jurisprudência do STF n. 426)

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo426.htm>. (Acesso em 06.12.2006)

⁷⁴ Lei 13.303/16, art. 96 “Revogam-se: I - o [§ 2º do art. 15 da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961](#), com a redação dada pelo art. 19 da Lei nº 11.943, de 28 de maio de 2009; II - os [arts. 67 e 68 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997](#).”

2) A segunda crítica recai sobre a inovação trazida pelo RDC – e que será abordada com mais profundidade posteriormente – a qual permite a Contratação Integrada. Nesta há a possibilidade do projeto básico, que na Lei 8.666/93⁷⁵ ⁷⁶estava condicionado à abertura da licitação, ser elaborado pelo licitante vencedor. O desacordo estaria na ausência de estipulações prévias, que ocorriam no projeto base, o que construiria um cenário de vagueza quanto à execução do objeto da licitação. Ausentes estariam os critérios objetivos, os quais garantem maior segurança, pois a Administração não poderia extrapolar seu direito de exigir e, para o futuro licitante, a vantagem estaria em ter, de forma clara e precisa, parâmetros para formular sua proposta e para julgar sua própria capacidade e interesse em participar da licitação. Diante da falta de informação sobre o projeto e em quais condições este ocorrerá, o licitante tende a aumentar o valor de sua proposta, posto que, para garantir recursos sobre eventuais gastos não considerados por não ter um projeto base, terá como arcar com os custos. Além disso, como dito, não tem total ciência sobre sua capacidade de atender aos requisitos que serão exigidos pela Administração. Destaca-se, aqui, que no tópico referente à Contratação Integrada, o qual estará exposto adiante, será analisado “anteprojeto”, cuja presença enfraqueceria o entendimento da crítica supra.

3) O terceiro ponto seria a remuneração variável. Esta é uma inovação, trazida pela lei 12.462/11, a qual determina o pagamento variável ao licitante de acordo com o desempenho deste na execução do objeto da licitação. A base para pagamento do valor

⁷⁵ Lei 8.666/93, art. 6, IX “IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

⁷⁶ Lei 8.666/93, art. 7, §2º, I “ As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;”

variável, segundo o artigo 10, caput, da referida lei, são metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade e prazos de entrega.⁷⁷ De acordo com o texto da ADI nº 4645, estar-se-ia diante de ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade, abordados anteriormente neste trabalho, e presentes no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Além disso, há crítica na atribuição, ao administrador, da discricionariedade em pagar o valor variável. Isso poderia criar condições para relações ilícitas entre o administrador e os particulares. Para Rafael Oliveira, a crítica não prospera. Na verdade, a ideia de remunerar por desempenho é um estímulo ao particular a executar o objeto da licitação da melhor forma possível, primando pela sua máxima performance.⁷⁸

A estipulação de remuneração variável dependerá de motivação e de adequação aos limites orçamentários fixados pela Administração para a contratação (art. 10, parágrafo único, da Lei 12.461/2011). A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da ‘Administração de Resultados’, os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficiência administrativa.

A remuneração variável, prevista no RDC, foi influenciada pela experiência consagrada nas Parcerias Público-Privadas (PPPs). Nesse sentido, o art. 6º, parágrafo único, da Lei 11.079/2004 dispõe que o contrato de PPP poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Trata-se, a rigor, de transformar os tradicionais contratos por prazo determinado e por escodo da Lei 8.666/1993 **em contratos de performance**. (grifos acrescentados)⁷⁹ (OLIVEIRA, 2015. Pp. 160)

4) Os artigos 15, §2º⁸⁰ e 6, §3º⁸¹, da Lei 12. 462/11 estabelecem restrição ao princípio constitucional da publicidade com relação a alguns atos do processo licitatório do RDC. O primeiro dispositivo afasta a necessidade de publicação em Diário Oficial de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras

⁷⁷ Lei, 12.462/11, Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 160

⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp.160

⁸⁰ Lei 12.462/11, art. 15, § 2º “No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.”

⁸¹ Lei 12.462/11, art. 6, §3º “3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.”

e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços; o segundo, atribui o caráter de sigilo ao valor do orçamento.

Com os dispositivos expostos acima, principalmente em relação ao artigo 15, §2º, estariam os princípios da publicidade e moralidade maculados, pois a divulgação de informações fora cerceada pela não publicação em D.O. em escolha exclusiva por endereços eletrônicos. Rafael Carvalho aponta que, nesse sentido, a Lei, de fato, coloca em risco a ampla divulgação da licitação e, conseqüentemente, o conhecimento desta pelos interessados. No Brasil, ainda existe considerável exclusão digital, vulnerabilizando o controle social em relação ao processo licitatório.⁸²

Contudo, o sigilo do orçamento da licitação, sendo esta informação restrita aos órgãos de controle interno e externo, é vista, quase que majoritariamente, como uma medida eficaz. Para Maria Sylvia Di Pietro, o orçamento sigiloso deveria ser adotado em todos os instrumentos licitatórios.⁸³ Objetiva-se, com o sigilo, dificultar que licitante infle o valor da proposta e, também, a formação de cartel. Desconhecendo o orçamento, potencializa que a Administração chegue a melhor proposta, sem aumentos estratégicos pelos participantes, e dificulta que estes se organizem e pactuem preços, o que compromete a economicidade da licitação.⁸⁴

5) Por fim, questiona-se o conteúdo dos artigos 4, §1º, II,⁸⁵ § 2º⁸⁶ e 14, § único, II⁸⁷ da Lei 12.462/11, pois fragilizam a proteção ambiental, admitindo medidas compensatórias na ocorrência de efeitos negativos ao meio ambiente. Questiona-se se há afronta ao artigo 225, IV, Constituição Federal, o qual disciplina a proteção ao meio ambiente pelo Poder Público. Com isso, surge o conflito, pois o Constituinte incumbe ao

⁸² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 164

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 27.ed.- São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 457

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 162

⁸⁵ Lei 12.462/11, art. 4, §1º, II “mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;”

⁸⁶ Lei 12.462/11, art. 4, §2º “O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.”

⁸⁷ Lei 12.462/11, art. 14 § único, II “ poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.”

Poder Público a preservação do ambiente, mas a Lei 12.462/11 teria mitigado tal resguardo ao admitir medidas compensatórias diante ocorrência de danos.

Contudo, a Lei 12.462/11, em outros artigos, protege e fomenta o respeito ao patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial⁸⁸, à questões de acessibilidade e locomoção para pessoas com deficiência⁸⁹ e uso de equipamentos e produtos com comprovada redução de utilização de recursos naturais e energia.⁹⁰ Assim, apesar de ser mais flexível em alguns pontos, no que tange as práticas sustentáveis, a Lei 12.462/11 determina que estas sejam perseguidas nas licitações e contratos que sofram sua indecência. Portanto, apenas com o tempo poderá ser compreendida a aplicação das práticas sustentáveis nos objetos de incidência do RDC.

Diante de tantos questionamentos sobre a compatibilidade formal e material da Lei 12.462/11 com a Constituição Federal, houve o ajuizamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: 1) ADI 4655 ajuizada pelo Ministério Público Federal e, 2) ADI 4645 ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS. Ressalta-se, oportunamente, que ambas permanecem, até o momento de conclusão do presente trabalho, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Luiz Fux, do STF, foi favorável ao julgamento da ADI n°4645.

Apesar das fortes críticas sobre a compatibilidade com a Constituição Federal, não se pode deixar de observar que, além da presunção de constitucionalidade que gozam as leis, de fato tal regime diferenciado de contratação vem apresentando benefícios ao processo licitatório, favorecendo ao interesse público. O presidente do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, aponta que apesar da recepção negativa do RDC por diversos setores da sociedade, tal regime, após ser implementando, tem melhorado a licitação, podendo ser citado, como um dos benefícios, a economia de tempo.⁹¹ Dessa maneira, no

⁸⁸ Lei 12.462/11, art. 4, §1º, V “proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;”

⁸⁹ Lei 12.462/11, art. 4, §1º, VI “acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.”

⁹⁰ Lei 12.462/11, art. 4, §1º, III “utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;”

⁹¹ Disponível em: http://www.cemaden.gov.br/cemadenarquivos/outros/2.%20Apresentacao_RDC.pdf . Acessado em: 06/12/2016.

Julgamento das referidas ações o Supremo Tribunal Federal, como corte constitucional e política que é, deve levar em consideração também análises das consequências econômicas, políticas e sociais advindas de suas decisões. Caso entenda pela procedência de alguma das alegações de inconstitucionalidade, espera-se que esta corte suprema aplique a norma do artigo 27, Lei 9.868/99,⁹² modulando os efeitos da decisão, para que sejam preservados todos os procedimentos já efetivados com fundamento em tal regime diferenciado de contratação, em atenção ao interesse público. Supera-se, pela análise acima, a abordagem referente s críticas que são feitas a possível inconstitucionalidade da Lei 12.462/11.

3.3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Segue exposição sobre as principais inovações trazidas pela Lei 12.462, de 2011, a qual inseriu o Regime Diferenciado de Contratação na legislação administrativa.

3.3.1. Incidência do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

O administrador poderá optar, constando de forma expressa no instrumento convocatório, pela incidência da Lei 12.462/11, e conseqüentemente no afastamento da Lei 8.666/93, salvo as exceções, e no que couber. São os seguintes casos:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
 II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

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

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

⁹² Lei 9.868/99, Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

- V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)
- ~~VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)~~
- ~~VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)~~
- ~~VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)~~
- ~~VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)~~
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016) (Artigo 1º, Lei 12.462, 2011)

Como dito na análise conjuntural em que o Regime Diferenciado de Contratação nasceu, este visava um processo mais célere, feito em caráter de urgência, para viabilizar a infraestrutura necessária aos jogos esportivos que viriam a ocorrer no Brasil. A adoção do RDC estava, assim, condicionada a este objeto e sua realização. Com o encerramento desses eventos, em tese, a utilização da Lei não teria mais utilidade. Contudo, o rol de possibilidades em que a Lei 12.462, de 2011, poderia ser eleita pelo administrador foi sendo alargado ao longo dos anos, por diversas leis posteriores que trouxeram novos objetos capazes de atrair a aplicação do RDC, como é o caso, exemplificadamente, do PAC e SUS, previstos nos incisos IV e V do artigo acima; o rol restrito fora sendo expandido. A expansão do objeto promovida pela Lei 13.190/15 será aprofundada no capítulo 4.

Tal ampliação do objeto do regime de contratação diferenciado pode ser explicado pelos resultados positivos que foram sendo observados, demonstrando o sucesso desse procedimento, aliado aos anseios pela simplificação das regras da Lei 8.666/93. Apesar do questionamento sobre a constitucionalidade da adoção do RDC em detrimento da Lei 8.666/93, certo é que inconstitucionalidade não há, já que a Lei 12.462/11 é norma especial, enquanto aquela é norma geral. Na verdade, como bem aponta Rafael Carvalho

de Oliveira, as normais gerais de licitação não estão inseridas apenas na Lei 8.666/93, existindo outros diplomas que as contêm, como é o exemplo da Lei 10.520/02, além da existência de precedentes do STF que reconhecem a validade de normas gerais de licitação para setores econômicos específicos, como por exemplo o artigo 210, Lei 9.472/97.⁹³

3.3.2. Objetivos do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

Para trazer um novo regime de contratação é, por óbvio, que se queira alcançar determinados fins. Estes, no RDC, conforme seu §1º, art.1 são: a) a ampliação da eficiência, nas licitações públicas, e da competitividade, entre os licitantes; b) promoção do intercâmbio de experiências e de tecnologia objetivando a relação custo-benefício para o setor público; c) incentivo à inovação tecnológica d) e, por fim, assegurar a isonomia no tratamento direcionado aos licitantes e eleição da melhor proposta, a mais vantajosa para o interesse público.

E, na órbita desses objetivos, que houve inovação na legislação licitatória, pelo RDC. Como exposto anteriormente, a questão do sigilo orçamentário busca potencializar a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, ao minimizar possíveis condutas dos licitantes, como, dentre outras, o aumento do valor de sua proposta. Com isso, o processo licitatório torna-se mais efetivo, o que faz cumprir um dos objetivos ao qual o novo regime se propôs. Além disso, o artigo 3º, da Lei 12.462/11 reforça, ao trazer expressamente, a incidência dos princípios da eficiência e economicidade às licitações públicas. Estes, na Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, não estão presentes, mas, indiscutivelmente, produzem efeitos também nas licitações reguladas por essa lei. Dar-se ênfase, aqui, ao maior destaque dado aos princípios supracitados, em matéria de licitações, ao trazê-los expressos. Este, assim como o anterior, são exemplos de novidades trazidas pelo RDC que estão alinhadas aos objetivos abordados acima.

⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Min. Rel. Marco Aurélio, ADI 1668. Requerentes Partido Comunista do Brasil – Pcdob, Partidos dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido Socialista Brasileiro – PSB, na qual o STF indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210, Lei 9.472/97.

3.3.3. A indicação da marca

A Lei 8.666/93, em seu artigo 15, §7º, I veda a identificação dos bens, em caso de Compra, por marca.⁹⁴ Contudo, esse entendimento não prospera na Lei 12.462/11. Nesta, em seu artigo 7º, I, há a permissão para a Administração Pública, na compra de bens, indicar a marca ou modelo.⁹⁵ Para que seja possível realizar essa designação, deverá a Administração motivar sua decisão quando estiver diante de necessidade de padronização; quando apenas uma marca ou modelo, comercializada por mais de um fornecedor, for capaz de suprir as necessidades da Administração; ou na hipótese da discriminação por marca ou modelo ser uma alternativa para a melhor compreensão dos licitantes em relação ao objeto, para que tenham como base de entendimento. E, nesse caso, deverá constar obrigatoriamente as expressões “ou similar” ou “de melhor qualidade”.

3.3.4. A contratação integrada

Uma das principais inovações trazidas pelo RDC é o regime de Contratação Integrada, o qual está prevista no artigo 8º da Lei 12.462/11 e regulado pelo artigo 9º, §1º da Lei 12.462/11. De acordo com este, a Contratação Integrada poderá ser utilizada nos casos de obras e serviços de engenharia, com motivação técnica e econômica, nos casos de inovação tecnológica ou de técnica, adoção de diferente metodologia ou quando determinada técnica for de domínio restrito no mercado. Essa contratação tem como alteração, em relação à lei 8.666/93, a atribuição do projeto básico e do executivo ao licitante vencedor; há, aqui, delegação, por parte da Administração Pública, de ambos os projetos, e não apenas o executivo, como ocorre na Lei Geral das Licitações.

⁹⁴ Lei 8.666/93, Art. 15, § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

⁹⁵ Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

Esta é uma das críticas apontadas no tópico 3.2 e que ensejaria possível inconstitucionalidade da Lei 12.462/11. Estando ambos os projetos a cargo do licitante, este tenderia a inflar seu preço para compensar possíveis gastos não considerados, já que é ausente o projeto básico no início da licitação. Contudo, este entendimento não prospera, pois a própria Lei 12.462/11 determina a presença de uma peça denominada anteprojeto de engenharia, no edital, conforme determina o artigo 9º, §2º, da supracitada lei. Este anteprojeto deverá conter:

- a) demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade; (art. 9, §2º, Lei 12.462/11).

A obrigatoriedade do anteprojeto permite que os licitantes tenham conhecimento sobre o objeto da licitação a qual pretendem concorrer e para a Administração a capacidade, por meio dos parâmetros técnicos e objetivos, julgar as propostas e identificar aquela que melhor atende às suas necessidades. Para afastar qualquer possibilidade de beneficiamento ao interessado, aquele que elaborar o anteprojeto, seja pessoa física ou jurídica, não poderá participar da respectiva licitação, seja forma direta ou indireta, conforme entendimento do artigo art. 3º, §1º, II, do Decreto 7.581/2011.⁹⁶

A contratação integrada potencializa, como efeitos à licitação, a inovação na utilização de novas técnicas e resoluções, por parte do licitante, o que reduziria os custos e riscos para a Administração Pública e, assim, maximizando a eficiência do processo licitatório.⁹⁷ Confirmando a boa receptividade desta contratação, está a influência da Lei

⁹⁶ Art. 3º É vedada a participação direta ou indireta nas licitações: I - da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente; II - da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente; III - da pessoa jurídica na qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de cinco por cento do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou IV - do servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. § 1º Caso adotado o regime de contratação integrada: I - não se aplicam as vedações previstas nos incisos I, II e III do **caput**; e II - é vedada a participação direta ou indireta nas licitações da pessoa física ou jurídica que elaborar o anteprojeto de engenharia.

⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 160

12.462/11 na Lei 13.303/16, Lei das Estatais, a qual também adota a contratação integrada.⁹⁸

3.3.5. A remuneração variável

Como exposto no tópico 3.2, referente às críticas de inconstitucionalidade da Lei 12.462/11, esta prevê a possibilidade de o Administrador remunerar o licitante conforme seu desempenho. O artigo 10 da lei supracitada, postula que essa forma de remuneração será possível nas licitações cujo objeto for obras e serviço, inclusive de engenharia. Está diretamente ligada ao desempenho do licitante cujo julgamento competirá à Administração por meio da aferição de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital e no contrato. Acredita-se que com esse estímulo, de parte da remuneração estar condicionada à forma de execução do objeto da licitação, o contratado tende a apresentar sua melhor performance. Respeita-se, assim, os princípios da economicidade e eficiência, tão necessários nas licitações públicas.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Oliveira:

“A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da “Administração de Resultados”, os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficiência administrativa”⁹⁹ (OLIVEIRA, 2015.Pp. 160)

Aqui, tendência exposta no Tópico 3.3.4, na qual a Lei 13.303/16 dialoga com a Lei 12.462/11, é repetida. Naquela lei também se admite a remuneração variável, inovação trazida pelo RDC.¹⁰⁰ Os resultados que estão sendo apurados pela aplicação do RDC é

⁹⁸ Lei 13.303/16, Artº 42, VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;

⁹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de - **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pp. 160

¹⁰⁰ Lei 13.303/16, Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável respeitará o limite

que realmente apresenta avanços, aperfeiçoando o processo licitatório, tornando mais célere.¹⁰¹

3.3.6. Orçamento sigiloso

Outro ponto já destacado nas críticas ao RDC é a atribuição de caráter sigiloso ao orçamento, conforme artigo 6º, §3º, da Lei 12.462/11. O conhecimento será restrito ao controle externo e interno. Caso não haja disposição em contrário no edital, na modalidade do RDC, o orçamento só se tornará de conhecimento público no momento em que se findar a licitação. Pela Lei 8.666/93, em seu artigo 40, §2º, II, ainda que estimado, já no edital deveria estar presente o orçamento com planilhas de quantitativos e preços unitários.

Objetiva-se com esse entendimento o resguardo à melhor proposta, pois evitaria que os licitantes realizassem cartel – combinação de preço – ou infleem seus preços. Assim, primasse pela eleição da proposta mais vantajosa e próxima da realidade, em suas condições normais. Como dito anteriormente, para Maria Sylvia Di Pietro, o sigilo do orçamento deveria ser adotado em todos os instrumentos de licitação.¹⁰²

“ A medida – não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento de licitação – parece útil, sendo conveniente que se estenda a todas as modalidades de licitação, porque a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos para a escolha da melhor proposta” (DI PIETRO, 2014. Pp. 457)

3.3.7. A inversão das fases

O artigo 12 da Lei 12.462/11 ordena que as licitações que sofram incidência da referida lei terão as fases organizadas na sequência: I - preparatória, II – publicação do instrumento convocatório, III – apresentação de propostas ou lances, IV – julgamento, V- habilitação, VI – recursal, e VII – encerramento. Em regra, esta é a sequência; por ato motivado, e expresso no instrumento convocatório, poderá a fase da habilitação anteceder

orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

¹⁰¹ Disponível em: http://www.cemaden.gov.br/cemadenarquivos/outros/2.%20Apresentacao_RDC.pdf. Acessado em: 04.12.2016.

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 457

as de propostas ou lances e de julgamento, em análise ao parágrafo único do referido artigo. Assim, entende-se que este caso de inversão de fases é exceção em relação à ordem expressa primeiramente.

A simples alteração de fases tem benéficos efeitos ao processo. Assim como ocorre na modalidade do pregão, inserido pela Lei 10.520/20, com a habilitação ocorrendo em momento posterior ao julgamento, o volume de documentos a serem analisados é diminuído drasticamente.¹⁰³ Na ordem tradicional, como é regulada pela Lei 8.666/93, a Administração Pública terá que analisar a documentação de todos os licitantes para, posteriormente, escolher a melhor proposta. Assim, terá examinado os documentos que eram necessários, do licitante vencedor, e de todos os outros que não venceram. Este exame, da documentação dos que perderam a licitação, representa um trabalho sem benefícios reais.

Seguindo a tendência legislativa, a qual ordena o julgamento antes da habilitação, como ocorre no pregão, há mais celeridade no processo licitatório. Tendo-se a melhor proposta já identificada, então, apenas a documentação referente a esse licitante será analisada. No caso de não atendimento às exigências, será chamado o segundo licitante e, novamente, analisada sua documentação. Fica clara a melhor utilização de recursos de tempo e pessoal, pois são utilizados de forma mais eficiente e eficaz.

Assim, por esta inversão de fases, o RDC, assim como o pregão, apresenta uma solução à morosidade causada pelo excesso burocrático oriundo das estipulações da Lei 8.666/93.

3.4. CONCLUSÕES GERAIS DESTE CAPÍTULO

Após a exposição acima, é possível compreender o surgimento de um novo regime de contratação. A Lei 8.666/93, dentro da conjuntura exposta, não seria capaz de atender às necessidades do interesse público. O excesso burocrático e sua morosidade, grandes

¹⁰³ Lei 10.520/02, Art. 4º, XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

críticas da doutrina a esse diploma legal, impediriam a realização das obras de infraestrutura, objeto originário RDC, que exigiam imediatismo em sua execução.

Impulsionado pelo surgimento de novas legislações que regulam a órbita das licitações, como é o caso da Lei 10.520/02, que instituiu o pregão, surge a Lei 12.462/11. Sabendo-se, como exposto, das críticas à constitucionalidade da lei, mas que muitas delas, em nosso entendimento, não prosperam, ainda mais pelos resultados desfavoráveis que a decretação de inconstitucionalidade causaria.

Com o objetivo de estudar as alterações propostas por essa nova legislação, conclui-se, ainda que de forma preliminar, que a legislação trouxe soluções aos problemas da aplicação da Lei 8.666/93, sem macular os princípios constitucionais e os diretamente ligados às licitações. Inclusive, inspira leis posteriores, em relação às suas inovações, como ocorre na Lei 13.303/16.

A contratação integrada, remuneração variável, orçamento sigiloso e a inversão de fases trazem benefícios revigorantes ao maçante processo licitatório, nos termos em que é conhecido. Com as inovações, busca-se que aquele seja mais célere, de fato eleja a melhor proposta e prime pelos princípios da eficiência, economicidade, dentre outros. É a renovação na Administração Pública, a qual esperasse que seja cada vez mais eficiente em suas contratações.

4. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS ATRAVÉS DA LEI 13.190/15

Como exposto anteriormente, nos últimos anos, a legislação licitatória passou por alterações em decorrência da inserção de novas lei ao seu conjunto regulatório. Essa dinâmica exige que seja feito um estudo sobre as novidades temáticas no assunto, sendo esta a justificativa do presente trabalho.

Se a lei 12.462/11 promoveu consideráveis mudanças no processo licitatório regulado pela 8.666/93, leis posteriores também trouxeram alterações na própria Lei do Regime Diferenciado de Contratações. Assim, esse capítulo é dedicado a análise das modificações sofridas pela Lei 12.462/11 por força da Lei 13.190/15. Contudo, primeiramente, abordar-se-á o posicionamento do STF em relação à última lei supracitada.

4.1 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.190/15 E A SUSPENSÃO DE SEUS EFEITOS

A Lei 12.462/11 teve, ao longo do tempo, seu rol de objetos que atraem a incidência do Regime Diferenciado de Contratação inflados. Uma das leis que ampliou o objeto do RDC é a Lei 13.190/15. Tal legislação tem origem na Medida Provisória nº 678, a qual previa inicialmente apenas a inclusão de uma nova hipótese autorizadora da contratação através do regime diferenciado em questão: ações no âmbito da segurança pública. Contudo, ao longo de sua tramitação no Congresso Nacional, tal medida provisória foi alvo de diversas inserções, mais especificamente setenta e duas emendas parlamentares, ampliando ainda mais o objeto do regime diferenciado de contratação. Também foram inseridas diversas disposições sem qualquer pertinência temática com o projeto inicial, como, por exemplo, normas sobre execução penal, renegociação da dívida do Proálcool, compensação de crédito de PIS/PASEP e Cofins.

Com relação ao regime de contratação diferenciado, ampliou tal procedimento para contratos relacionados à obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (§3º); obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (VI); e das obras e serviços de

engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (VIII). Diante do suposto abuso no poder de emenda e violação da separação de poderes, e com fundamento o Senador Álvaro Dias (PSDB-PR) impetrou o Mandado de Segurança 33889 no Supremo Tribunal Federal.

Em decisão monocrática, o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu o pedido liminar, *ad referendum* do Pleno, “para suspender o trâmite do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, exceto naquilo que corresponde ao acréscimo dos incisos VI e VII ao art. 1º da Lei 12.462/2011. Caso sancionado o projeto em pontos diversos daqueles excepcionados acima, fica a eficácia de tais dispositivos suspensa até posterior deliberação”. Isso porque, entendeu o ministro estarem presentes os requisitos legais necessários ao deferimento do pedido liminar, quais sejam, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro requisito, a proximidade do final do prazo do artigo 66, 3º da Constituição Federal. Já quanto ao segundo, afirmou configurado com fundamento na tese firmada pelo STF na ADI 5127, pela impossibilidade de inclusão de emenda parlamentar com tema diverso do originário da Medida Provisória. Na análise desse requisito afirmou o Ministro: “difícil imaginar um diploma legal mais heterogêneo, com matérias que aparentemente não guardam relação com o texto original da Medida Provisória.”

Parece correta a decisão do magistrado, já que, como destacado, foram incluídos dispositivos que nitidamente não possuem pertinência temática com o projeto original, caracterizando verdadeiro contrabando legislativo, com violação ao devido processo legal, cabendo destacar as normas sobre execução penal. Tal decisão ainda será apreciada pelo plenário do STF. Assim, apenas os incisos VI e VII acrescidos ao artigo 1º Lei 12.462/11 estão em vigor atualmente, estando as demais disposições da Lei 13.190/15 com sua eficácia suspensa. De todo modo, ainda que com a eficácia suspensa, é importante observar em quais aspectos a Lei 12.462/11 foi alterada pela 13.190/15.

4.2. AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.190/15 AO PROCESSO LICITATÓRIO

A seguir, serão abordados os principais pontos que sofreram alteração com a Lei 13.190/15. Cabe lembrar que em razão da decisão liminar do STF no MS 33889, cujo relator é o Ministro Luís Roberto Barroso, apenas a inclusão dos incisos VI e VII no artigo 1º da Lei 12.462/11 possuem eficácia, estando as demais normas da Lei 13.190/15 com sua eficácia suspensa. Ou seja, existem e são válidas perante nosso ordenamento jurídico, razão pela qual merecem ser apreciadas neste trabalho.

4.2.1. A incidência do RDC nos incisos VI e VII

Em seu artigo 1º, incisos VI e VII, a Lei 13.190/15 promove efeito expansivo no rol de objetos, que figuram no artigo 1º da Lei 12.462/11, nos quais são admitidos a incidência do Regime Diferenciado de Contratação nas licitações públicas e, conseqüentemente, o afastamento da Lei 8.666/93, no que couber.

A seguir, os dispositivos supracitados:

Art. 1º A [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º [VI](#)- das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; [VII](#) - das ações no âmbito da segurança pública; (Lei 13.190/15)

Assim, estes são os únicos dispositivos da Lei 13.190/15 dotados, atualmente, de produção de efeitos. Dessa forma, pode ser utilizado o RDC nos casos de licitação cujo objeto sejam obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais ou em ações relativas à segurança pública.

4.2.2. A possibilidade de resolução de conflitos por arbitragem e mediação

A Lei 13.190/15 prevê a possibilidade da adoção da arbitragem e da mediação como meio de resolução de conflitos entre o poder público e o particular contratado, nos contratos oriundos da Lei 12.462/11.¹⁰⁴

Apesar de existir pequeno questionamento sobre a constitucionalidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, em razão dos princípios da indisponibilidade do interesse público, legalidade e publicidade, certo é que prevalece o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, pela possibilidade da utilização desse meio alternativo de resolução de conflitos em contratos administrativos. Na realidade, é necessário pontuar que não se trata de inovação criada pela Lei 13.190/15, pois antes mesmo dessa lei já era possível a arbitragem e a mediação nos contratados decorrentes do RDC com fundamento no artigo 1º, 1º da Lei 9.307/96, o qual estabelece que “A Administração Pública Direta e Indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Tal lei determina ainda que a “arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”, afastando a possibilidade de arbitragem por equidade e sigilosa, de maneira a garantir o respeito aos princípios da legalidade e publicidade.

Por fim, cabe lembrar que enquanto na arbitragem um terceiro imparcial, é chamado ao conflito, com a finalidade resolver o desacordo entre as partes, estando estas vinculadas à decisão do árbitro; na mediação,¹⁰⁵ não há essa atribuição ao terceiro, devendo este adotar estratégias que fomentem o alcance da resolução, mas com esta partindo das partes.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Lei 13.190/15, [“Art. 44-A](#). Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.”

¹⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único.– 8.ed – Salvador: Ed. JusPodivm,2016. Pp. 19

¹⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. – 8.ed – Salvador: Ed. JusPodivm,2016. Pp. 6

4.2.3. Os contratos de locação por encomenda

Outra modificação na Lei 12.462/11, trazida pela Lei 13.190/15, é a admissão da modalidade de “locação por encomenda”, também conhecida como “*built to suit*”, conforme o artigo 47-A, da última lei citada acima.¹⁰⁷ Esta modalidade de locação por encomenda, mais comum no direito privado¹⁰⁸, já figurava na prática no campo de direito público, cuja natureza jurídica é de contrato de locação especial. Na locação sob encomenda o bem é adquirido, construído ou reformado previamente pelo futuro locador conforme as exigências estabelecidas pelo futuro locatário, podendo ser utilizada para locação de bem imóvel ou móvel. O custo de aquisição, construção ou reforma do bem, seja móvel ou imóvel, será acrescido ao valor do aluguel.

O artigo 47-A da Lei 13.190/15 é uma das normas que está com a eficácia suspensa. Porém, ainda assim, hoje é possível a utilização desse contrato de locação através do acordo de vontade entre as partes, mesmo sem previsão legal específica para a Administração Pública, havendo inclusive decisão do Tribunal de Contas da União,¹⁰⁹ validando esse tipo de contratação.

O contrato *built to suit* é uma modalidade que traz ganhos à Administração Pública, posto que recebe o bem, seja móvel ou imóvel, nas exatas condições que necessita para usufruí-lo, sem ter que investir grande quantia inicial. Assim, contribui para a busca do poder público de atendimento do interesse público.

¹⁰⁷ Lei 13.190/15, [Art. 47-A](#). A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração. § 1º A contratação referida no **caput** sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns. § 2º A contratação referida no **caput** poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato. § 3º O valor da locação a que se refere o **caput** não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado.”

¹⁰⁸ Lei 12.744/12, “[Art. 54-A](#). Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

¹⁰⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Min. Rel. André de Carvalho, acórdão 1301/2013 . É admitida excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação *built to suit*), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador.

4.2.4. Adição de taxa de risco no valor estimado

Como dito no capítulo 3 do presente trabalho, no qual há análise da Lei 12.462/11, o RDC trouxe a possibilidade da “contratação integrada”. Já a Lei 13.190/15 traz uma melhora nesta matéria ao abordar, de forma expressa, a necessidade de considerar a taxa de risco intrínseca à execução do objeto da licitação. Em geral, o particular já embute em seu preço ofertado à Administração o corresponde aos riscos ao qual poderá ser exposto durante a execução do contrato. Contudo, por ser uma estimativa de valor, acaba que o particular pode majorar para cima, o que resulta em prejuízo financeiro à Administração Pública. O TCU, no acórdão 1465/2013, sugere que sejam adotadas “matrizes de riscos”, tanto no instrumento convocatório, quanto na minuta contratual; o objetivo é fortalecer a segurança jurídica do contrato, a isonomia do processo licitatório e a transparência deste.¹¹⁰

Ao considerar uma taxa de risco, o planejamento da execução do objeto da licitação tende a ser mais eficaz. No momento em que se é ofertado o preço, não há como saber em quais circunstâncias ocorrerá a prestação do serviço ou execução da obra ou reforma. Sendo assim, em momento prévio se destina uma parte dos recursos a acasos e eventos inesperados que podem ocorrer no futuro. É certo que, como dito anteriormente, o princípio do equilíbrio contratual persegue os acordos firmados na licitação, evitando que seja demasiadamente oneroso a uma das partes – em geral, esse ônus recai sobre o particular, parte mais fraca. Contudo, ao considerar a taxa de risco previamente, há como efeito maior tranquilidade no transcorrer do contrato, economia de tempo e menos burocracia, posto que não será necessária a negociação para resgatar a equilíbrio contratual. Portanto, a Lei 13.190/15 traz a vantagem da previsão da taxa de risco proporcional à responsabilidade do contratado e de acordo com a metodologia determinada pela contratante. Entendimento adicionado ao artigo 9º da Lei 12.462/11, pelo §5 da Lei 13.190/15.¹¹¹

¹¹⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União, Min. Rel. José Múcio Monteiro, acórdão 1465/2013 9.2.1 preveja, doravante, nos empreendimentos a serem licitados mediante o regime de contratação integrada, previsto no art. 9º da Lei nº 12.462/2011, uma “matriz de riscos” no instrumento convocatório e na minuta contratual, de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação (art. 37, XXI, da Constituição Federal; art. 1º, § 1º, IV, da Lei nº 12.462/2011) e a segurança jurídica do contrato (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal);

¹¹¹ Lei 13.190/15, § Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da

4.2.5. Das alterações em matéria de execução penal

Apesar das alterações, em relação às sanções penais, trazidas pela Lei 13.190/15 recaírem sobre a Lei 7.210, de 1984, oportuna é sua abordagem. A justificativa está em outra alteração da Lei 13.190/15, no que se refere aos casos possíveis de aplicação do RDC.

A última lei supracitada traz como uma de suas previsões a expansão dos objetos atrativos do RDC, em especial, no que se refere às questões de segurança pública.¹¹² Vale destacar que os incisos VI e VII, que disciplinam especificamente esta temática, estão livres da suspensão dos efeitos. Com o particular próximo à atividades de segurança pública, o legislador em seu texto expõe quais são as atividades que não podem ser delegadas, relacionadas ao poder de polícia.¹¹³ Disciplina pelos artigos 83-A¹¹⁴ e 83-B¹¹⁵ quais são as atividades que podem ser prestadas de forma indireta, isto é, pelo particular, e quais são indelegáveis, devendo obrigatoriamente serem realizadas pelo poder público.

Oportuno ressaltar que mesmo nos casos em que haja prestação de forma indireta, deverá o poder público estar presente, realizando supervisão e fiscalização das atividades prestadas. Importante também reforçar que em relação aos artigos 83-A e 83-B há suspensão dos efeitos.

licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.” (NR)

¹¹² Lei 13.190/15, Art. 1º A [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 1º **VI** - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; **VII** - das ações no âmbito da segurança pública;

¹¹³ KLEIN, Aline Lícia. RDC: Alterações da Lei 13.190. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 106, Dezembro de 2015. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 01.12.2016

¹¹⁴ Lei 13.190/15, “**Art. 83-A**. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente: I - serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso. § 1º A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público. § 2º Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais.”

¹¹⁵ Lei 13.190/15, “**Art. 83-B**. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente: I - classificação de condenados; II - aplicação de sanções disciplinares; III - controle de rebeliões; IV - transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do presente estudo, foi possível compreender as principais alterações no processo de licitação, tendo como parâmetro o procedimento estabelecido pela Lei 8.666/93, em contraste, principalmente, com as alterações provocadas pela Lei 12.462/11. E agora, esta é alvo de alterações legislativas, as quais são responsáveis, principalmente, pela expansão do rol de sua atratividade. Uma das leis que provocou essa alteração foi a Lei 13.190/15, a qual, além de expandir os casos de adoção do RDC, também trouxe outras novidades ao processo licitatório. Contudo, a maior parte dos dispositivos dessa lei estão com a eficácia suspensa.

Como visto neste trabalho, a Lei 8.666/93 impõe um rigoroso processo licitatório a ser vencido pela Administração Pública e pelos licitantes. Contudo, o que se verificou, conforme as críticas doutrinárias, foi que está em estado de esgotamento a realização dos procedimentos da licitação, conforme a lei supracitada. A morosidade e o excesso burocrático acabam tornando a licitação um fim em si mesma. A eleição da melhor proposta não é atingida, pois os preços praticados pelos licitantes muitas vezes são superiores aos do mercado, em suas condições normais, fora de processos licitatórios. Além disso, com o orçamento sendo divulgado em momento prévio, facilita a combinação de preço pelos licitantes.

Portanto, acaba que o processo é demasiadamente custoso à Administração Pública, consumindo muitos recursos, como tempo, de pessoal e até mesmo financeiro, pois o preço da melhor proposta, muitas vezes, é superior ao do mercado. Com isso, o interesse público não é atingido, maculando os princípios da eficiência e economicidade.

Diante dessa realidade, e da proximidade dos grandes eventos esportivos que seriam realizados no Brasil, era preciso um regime de licitação que satisfizesse as necessidades do interesse público, respeitasse os princípios constitucionais e da licitação, além de ser feito de forma mais célere.

O Regime Diferenciado de Contratação, introduzido pela Lei 12.462/11, atendeu aos pontos supracitados. Apesar das críticas negativas, no momento de sua

implementação, a Lei, atualmente, apresente bons resultados, sendo suas inovações reproduzidas por leis posteriores.

Como principais alterações, podem ser citadas: a inversão da fase de homologação e julgamento, o que representa maior celeridade na análise documental do licitante; o orçamento sigiloso, o qual tende a dificultar alterações no preço das propostas, aproximando-os aos valores reais. Na visão de Maria Sylvia Di Pietro, o sigilo do orçamento deveria ser adotado em todas as modalidades de licitação; a aproximação das tendências legislativas modernas de fomento da troca entre poder público e particulares, no tange, por exemplo a inovação e tecnologia; a promoção da melhor performance do licitante na possibilidade da remuneração variável condicionada àquela; dentre outras.

A Lei 13.190/15 expande, assim como outras, o rol de incidência do RDC. Agora, este poderá ser utilizando também nas obras e serviços de construção e reforma de unidades penais socioeducativas e em questões de segurança pública. Outras novidades interessantes, como, por exemplo, taxa de risco vindo de forma expressa e o contrato de locação por encomenda, estão com sua eficácia suspensa.

Assim, é possível concluir que as alterações ocorridas no ultrapassado processo de licitação, em seu modelo tradicional, foram oportunas e necessárias. Era preciso modificar alguns entraves, solucionando-os, para que o interesse público, representado na melhor proposta, fosse alcançado. Contudo, é preciso acompanhar tais alterações, tanto pela constância com que ocorrem, quanto pela importância do teor das alterações que têm sido feitas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXRANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo, **Direito administrativo descomplicado**. 23. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pp. 555

BRASIL, Constituição (1988) – Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/10/2016

BRASIL, Tribunal de Contas da União, Min. Rel. José Múcio Monteiro, acórdão 1465/2013. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjL3vDXgOXQAhXKhpAKHf-cD6QOFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%2FAcord%2F20130613%2FAC_1465_21_13_P.doc&usg=AFQjCNETtHMOLIPoOr2L55Plkrw6sdHLyw&bvm=bv.140915558,d.Y2I>. Acesso em: 29/11/2016

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Min. Rel. André de Carvalho, acórdão 1301/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31323634333236&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 30/11/2016

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 33.889, Rel. Min. Luís Roberto Barroso Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewji5d7w_-TQAhUBDpAKHYIjCyEQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D306955968%26tipoApp%3D.pdf&usg=AFQjCNGr4kxCqpnLusgSWjU7R0esEv_4-w>. Acesso em: 18/11/2016

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Min. Rel. Marco Aurélio, ADI 1668. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjovtynhuXQAhVHlpAKHTOkCaQQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fpaginador%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D347202&usg=AFQjCNEct35WIr-wv1CgEoC0rV0WBhbTbw>>. Acesso em: 13/11/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21° ed, Rio de Juris, 2009. Pp Janeiro: Ed. Lumen.

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Regime Diferenciação de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência. Tribunal de Constas do Estado do Ceará.

CHAGAS, Tayná Tavares. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DE 2014 E OLIMPÍADAS DE 2016. A LEI Nº 12.462/2011 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE. Grupo de Pesquisa de Direito Administrativo da UFRJ

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 27.ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

GLOBO. Brasil Conhece as 12 cidades que receberão partidas da Copa de 2014 <<http://globoesporte.globo.com/Esportes/Noticias/Futebol/0,,MUL1177312-9825,00-BRASIL+CONHECE+AS+CIDADES+QUE+RECEBERAO+PARTIDAS+DA+COPA+DE.html>> (Disponível em: 31/05/2009 / acesso em: 05/12/2016)

JUSTEN NETO, Marçal. Apontamentos sobre o regulamento do RDC (Decreto 7.581) *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº57, novembro de 2011, (Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 20.11.2016)

KLEIN, Aline Lícia. RDC: Alterações da Lei 13.190. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 106, dezembro de 2015. (Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 20/11/2016.

Lei 8.666/93. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15/10/2016.

Lei 12.462/11. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 01/11/2016.

Lei 10.520/02. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 01/11/2016.

Lei 13.190/15. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm>. Acesso em: 10/11/2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32.ed. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. – 8.ed – Salvador: Ed. JusPodivm,2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

RESENDE, Renato Monteiro de. **O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Textos para discussão, 100. Agosto, 2011

ROSILHO, André Janjácomo. *Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas* / Dissertação de Mestrado. Orientador: Carlos Ari Vieira Sundfeld. São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

SAQUETO, Eloir. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Infraero, São Paulo, 14 de janeiro de 2014. <http://www.cemaden.gov.br/cemadenarquivos/outros/2.%20Apresentacao_RDC.pdf> (Visita em 04.12.2016)

SILVA, FelipeTeixeira Ferreira da. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DE 2014 E OLIMPÍADAS DE 2016. A LEI Nº 12.462/2011 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE. Grupo de Pesquisa de Direito Administrativo da UFRJ.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivado**. 24. Ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES. Pp.215, 216 e 217.

KOSHIBA, Luiz e PEREIRA, Denise Manzi Frayze. **História do Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Atual, 2003. Pp. Pp. 513 e 530.

STF, Superior Tribunal Federal. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188346>> Disponível em: 02.09.2011. Acesso em: 18.11.2016.

STF, Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>> Acesso em: 01/12/2016.

UOL. Fifa confirma seis sedes na copa das confederações 2013 e Brasil estreia dia 15 de junho. < <http://copadomundo.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/30/fifa-confirma-seis-sedes-na-copa-das-confederacoes-2013-e-brasil-estreia-dia-15-de-junho.htm>> Disponível em: 30/05/2012. Acesso em: 05/12/2016.