

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO
2	A LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
2.1	CONCEITO DE LICITAÇÃO
2.2	HISTÓRICO
2.3	A LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI Nº 8.666/93
2.4	DIPLOMAS NORMATIVOS POSTERIORES: UMA NOVA VISÃO SOBRE O PROCESSO LICITATÓRIO
2.4.1	A Lei nº 8.666 e a burocratização excessiva
2.4.2	Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995
2.4.3	Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997
2.4.4	Decreto nº 2.745 de 24 de agosto de 1998
2.4.5	Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002
2.4.6	Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004
3	O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
3.1	INTRODUÇÃO
3.2	PREVISÕES COMUNS À LEI Nº 8.666/93
3.3	SEMELHANÇAS COM OUTRAS MODALIDADES DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES
3.4	RECURSOS NO PROCESSO LICITATÓRIO SOB RDC
4	ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
4.1	ORÇAMENTO SIGILOSO E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE
4.2	CONTRATAÇÃO INTEGRADA
4.3	REMUNERAÇÃO VARIÁVEL
4.4	POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES (ADI 4655)
4.5	PERSPECTIVAS PARA AS LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PROJETO DE LEI Nº 559/2013
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

3.1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.462 de 4 de agosto de 2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), regulamentado pelo Decreto nº 7.581 de 11 de outubro de 2011¹⁰⁰. Tal regime foi instituído para ser adotado facultativamente, nos casos em que os contratos considerados estejam envolvidos no âmbito das atividades referentes à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol, de 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e dos Jogos Paralímpicos¹⁰¹. De modo conexo, o Regime Diferenciado de Contratações foi aplicado para obras e serviços aeroportuários considerados em um raio de 350 km das cidades que sediaram tais eventos¹⁰².

Desta forma, nota-se que o RDC, embora a Lei nº 12.462/2011 não dispusesse expressamente nesse sentido, foi concebido para ter aplicação temporária¹⁰³, restrita aos contratos envolvendo os grandes eventos internacionais, o que necessitava celeridade por parte da Administração para atender às demandas resultantes da realização destes eventos, principalmente no que se refere às obras e serviços de engenharia. Com isso, o regime geral de licitações se mostrava deveras burocrático e, portanto, não seria capaz de conferir agilidade necessária aos processos licitatórios a serem travados em tempo exíguo¹⁰⁴.

Não obstante isso, o RDC foi ampliado para inúmeras hipóteses além daquelas previstas inicialmente, ampliando a incidência normativa e dando sobrevida ao diploma primitivo. Dentre tais hipóteses, destacam-se as atividades relacionadas ao famigerado Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e à

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 458.

¹⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 304.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 491.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 466.

segurança pública, as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, do Sistema Único de Saúde (SUS), do sistema prisional, da mobilidade urbana, dentre outras outras ocasiões, previstas ao longo do art. 1º da Lei nº 12.462/2011¹⁰⁵.

Com isso, incrementou-se de forma sintomática o número de exceções à aplicação da Lei nº 8.666/93, que já demonstrava claros sinais de desgaste tendo em vista a disciplina dada às licitações em diplomas posteriores à sua promulgação. Ademais, o advento da Lei nº 12.462/2011 e as alterações posteriores que alargaram seu âmbito de incidência, demonstram o quão obsoleto e inconveniente tem se tornado o regime geral de licitações diante dos atuais desafios enfrentados pela administração pública brasileira¹⁰⁶.

3.2 PREVISÕES COMUNS À LEI Nº 8.666/93

Em que pese o RDC ter trazido diversas inovações ao ordenamento jurídico no que tange licitações e contratos no âmbito da administração pública, a Lei nº 12.462/2011 não revogou a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/2002¹⁰⁷. Mais que isso, o novo regime manteve alguns aspectos tanto do pregão, quanto do regime geral, além de exigir, quando da sua aplicação, a observação cuidadosa do quanto disposto na Lei de Licitações¹⁰⁸.

De fato, o § 2º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011 dispõe que a aplicação do RDC exige que no instrumento convocatório haja previsão expressa de que a licitação será realizada segundo o novo regime, afastando as normas do estatuto geral. Entretanto, o mesmo dispositivo ressalva que a lei possui disposições que conservam tais normas mesmo nas licitações conduzidas sob o Regime Diferenciado¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 309.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 310.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., p. 500.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

Além disso, o art. 39 da Lei nº 12.462/2011 preleciona que a Lei nº 8.666/93 é de aplicação subsidiária, sendo que suas normas também orientam as contratações a serem feitas sob o novo regime, com exceção dos dispositivos que não contrariem a Lei do RDC¹¹⁰. Tal preceito é reforçado por inúmeros dispositivos da Lei nº 12.462/2011 que ou se relacionam ou mantêm as normas do estatuto geral, ou simplesmente repetem as regras contidas na Lei nº 8.666/93.

É o caso do art. 2º, que nos incisos I, II e III repetem os regimes de execução de obras e serviços de engenharia tal qual o faz o art. 6º, inciso VIII da Lei de Licitações. Outro exemplo é o do art. 42 da lei do RDC, que para ser aplicado, deverá o intérprete remeter-se ao art. 57 da Lei nº 8.666/93. Do mesmo modo, o art. 44, ao tratar da anulação e da revogação contratual, determina a observância do art. 49 do estatuto geral¹¹¹.

Inclusive, ao redigir o art. 35 da Lei 12.462/2011, o legislador optou por aproveitar o processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação do art. 26 da Lei nº 8.666/93, obedecendo as disposições cabíveis contidas nos artigos 25 e 26 da mesma Lei¹¹².

O legislador também aproveitou o texto da Lei de Licitações, em seu art. 3º, ao definir os princípios que orientam o a licitação no Regime Diferenciado, adicionando, porém, o princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável¹¹³.

Outrossim, a Lei nº 12.462/2001, em seu art. 34, § 2º repete o que dispõe o § 3º do art. 54 da Lei nº 8.666/93, ao definir a responsabilidade solidária dos membros da comissão de licitação, que não se verifica quando registrada na pertinente ata de reunião posição individual discordante¹¹⁴. Ademais, o art. 4º, inciso VI da Lei do RDC, tal como fez a Lei geral de licitações, previu o fracionamento do objeto, permitindo à Administração contratar mais de uma pessoa para executar o mesmo

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 365.

¹¹¹ Ibidem, idem.

¹¹² Ibidem, p. 445.

¹¹³ Ibidem, p. 446.

¹¹⁴ Ibidem, p. 448.

serviço, desde que não seja de engenharia, o que é reforçado pelo art. 11, que dentre tantos outros dispositivos, guarda intimidade com a normatização prevista na Lei nº 8.666/93¹¹⁵.

Ante o exposto, nota-se que o regime definido na Lei nº 12.462/2011 não possui o condão nem o porte normativo necessário para firmar-se no ordenamento como substituto do regime geral de licitações e contratos administrativos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, pois ainda que o referido estatuto demonstre crescentes sinais de enfraquecimento, a natureza de regime jurídico excepcional¹¹⁶ da Lei do RDC afeta a sua normatividade. Diante disto, surgiu o Projeto de Lei nº 559/2013 com o fito de revogar a Lei de Licitações dentre outros diplomas pertinentes, cuja importância será discutida em capítulo oportuno.

3.3 SEMELHANÇAS COM OUTRAS MODALIDADES DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

Além de possuir dispositivos conexos e até similares aos da Lei nº 8.666/93, no que difere desta, a Lei nº 12.462/2011, em muitos pontos, se assemelha aos regimes licitatórios contidos nos diplomas normativos supervenientes ao regulamento do inciso XXI do art. 37 Lei Magna.

O exemplo mais flagrante de como a legislação do RDC se apresenta como um reforço às tendências normativas manifestadas em outras legislações é o art. 14, que estabelece como padrão procedimental o julgamento como etapa anterior à habilitação, como já admitido na Lei nº 8.987/95, na Lei nº 10.520/2002 e na Lei nº 11.079/2004, conforme já abordado anteriormente¹¹⁷.

Cabe salientar que, por estarem as etapas de julgamento e de habilitação estabelecidas para *a priori* serem executadas em tal ordem, a chamada “inversão de fases” é conceituada no inciso III do art. 14 da Lei do RDC justamente como o procedimento tradicional previsto pela Lei nº 8.666¹¹⁸.

¹¹⁵ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 764.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹¹⁷ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 764.

¹¹⁸ Ibidem, idem.

Outro aspecto presente no RDC que antes de seu advento já era matéria conhecida pelo ordenamento jurídico pátrio é a possibilidade de realização do certame por meio eletrônico, o que já tinha sido previsto para as licitações ocorridas na modalidade pregão. Nesse ponto, a diferença substancial do novo regime é que o processamento da licitação em ambiente eletrônico foi estabelecido como forma preferencial de se promover o processo¹¹⁹.

Além disso, o Regime Diferenciado de Contratações denota preocupação com o desenvolvimento nacional sustentável, que se expressa na ordem jurídica através de previsões que cuidam da sustentabilidade ambiental, econômica e social¹²⁰. Nesse sentido, o art. 4º, § 1º da Lei nº 12.462/2011 traz em seu bojo a importância da preservação do meio-ambiente¹²¹.

Porém, a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/2004, já levantaram a questão da sustentabilidade ambiental em seus art. 29, X, e art. 10, VII, respectivamente. Em seu passo, a Lei nº 8.666/93 também se referiu ao desenvolvimento nacional sustentável, de forma geral em seu art. 3º, e de forma específica no § 5º do mesmo artigo, ao estabelecer “margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais”, buscando assim, garantir a sustentabilidade econômica. Já a sustentabilidade social é abarcada no inciso XX do art. 24, que torna dispensável a licitação caso de contratação de associação de portadores de deficiência¹²².

Mesmo que tais normas tenham sido inseridas na Lei de Licitações através da Lei nº 12.349/2010, permaneceu inalterada a redação do art. 12, inciso VII, que determina a análise do impacto ambiental como requisito dos projetos básicos e executivos de obras e serviços¹²³.

Ademais, o art. 170, inciso VI da Constituição Federal, estabeleceu como a defesa do meio-ambiente como objetivo da ordem econômica. Nesse passo, a Emenda Constitucional nº 42/03 inseriu a possibilidade de que a administração

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 252.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 427 et seq.

¹²¹ Ibidem, op. cit., p. 429.

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio., op. cit. p. 534 et seq.

¹²³ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 762.

pública dê preferência a certos produtos e serviços, de acordo com o impacto ambiental dos seus processos de elaboração e prestação, traduzindo, assim, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e nos contratos administrativos¹²⁴.

3.4 RECURSOS NO PROCESSO LICITATÓRIO SOB RDC

O Regime Diferenciado de Contratações, assim como o pregão, prevê fase recursal única, no intento de agilizar o processo licitatório, conforme redação do art. 27 da lei nº 12.462/2011. Contudo, tal previsão não se verifica caso invertida a ordem das fases própria do RDC, vale dizer, quando a habilitação ocorrer antes da apresentação das propostas e do julgamento¹²⁵.

Caso haja a inversão das fases do RDC, são admitidos os recursos após o termino de cada uma das referidas etapas. Ainda assim, o art. 53 do Regulamento instituído através do Decreto nº 7.581/2011, determina que mesmo não ocorrendo inversão, caso o participante deseje recorrer de um ato referente apenas à apresentação das propostas ou dada a hipótese do recurso tratar somente da etapa de julgamento, ocorre preclusão se não interposto imediatamente após o término de cada uma destas fases¹²⁶.

Tratando o recurso sobre certo ato, este será dirigido à autoridade que o praticou, que poderá reconsiderar sua decisão dentro de cinco dias úteis. Dada a hipótese de não ser reconsiderado o ato, o recurso, devidamente instruído, é remetido à autoridade superior, que possui o mesmo prazo para julgar o mérito recursal, havendo responsabilização de tais agentes caso os prazos não sejam cumpridos, após a apuração devida, conforme reza o art. 45, § 6º¹²⁷.

A autoridade superior, ao decidir o recurso, poderá devolver os autos para saneamento, ou, sob motivação, proceder à anulação do processo licitatório no todo ou em parte, devendo também ser motivada a decisão em caso de revogação por

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 427.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 255.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 459.

¹²⁷ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 766.

inconveniência ou quando demonstrada inoportuna a licitação. Ademais, pode a autoridade julgadora do recurso adjudicar o objeto e homologar o procedimento licitatório¹²⁸. Nesse aspecto, o RDC, mais uma vez, se assemelha à Lei nº 8.666/93, precisamente ao seu art. 109, § 4º¹²⁹.

Ao lado disso, tem-se que o art. 57 da Lei do RDC, admite que sejam invalidados apenas os atos que se mostrarem impossíveis de se tornarem proveitosos por qualquer forma que seja, reforçando a tendência legislativa bastante em voga da instrumentalidade dos atos processuais¹³⁰.

¹²⁸ Ibidem, idem.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 459.

¹³⁰ Ibidem, p. 460.

4 ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

4.1 O ORÇAMENTO SIGILOSO E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas é uma normatização inicialmente pensada para atender a demandas urgentes da administração pública que se viu inserida no desafio de executar obras e serviços assumidos através do compromisso prestado pelo Brasil de sediar os maiores eventos esportivos internacionais¹³¹. Desta forma, foi concebida a Lei nº 12.462/2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011, instituindo, com a trigança requerida pelo momento, um regime jurídico licitatório de exceção, com vícios próprios dos diplomas normativos elaborados em tais circunstâncias¹³².

Com isso, é mister saber que, diante de tamanha peculiaridade, o Regime Diferenciado de Contratações dever ter sua interpretação e aplicação sempre balizadas pelas regras constitucionais e, sobretudo, pelos princípios levantados pela Lei Maior¹³³.

Além disso, há de se destacar o art. 3º da própria Lei nº 12.462/2011, que impõe a observância dos princípios setoriais da licitação trazidos pela Lei nº 8.666/93, acrescentando, porém o princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, que, conforme tratado anteriormente, já se manifestava na ordem jurídica em outros textos normativos e até através de regras constitucionais¹³⁴.

Nessa senda, além dos dois novos princípios supra referidos, algumas outras disposições trazidas pelo novo regime mostraram-se inovadoras e foram bem recebidas pelos órgãos da Administração e por parte da doutrina. Entretanto, outros aspectos levantaram notável discussão política, doutrinária e jurisprudencial,

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 364.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹³³ Ibidem, idem.

¹³⁴ Ibidem, p. 374.

configurando substancial polêmica com a qual se defronta a comunidade jurídica no estudo do ordenamento brasileiro no que tange a licitações e contratos no âmbito da administração pública¹³⁵.

Dentre tais aspectos considerados polêmicos, um dos mais importantes é o chamado orçamento sigiloso, que permite à Administração tornar público o orçamento estimado para a licitação somente depois de concluído o processo licitatório¹³⁶.

Desta forma, o poder público poderá omitir o orçamento do instrumento convocatório, denotando assim, o sigilo do mesmo. Contudo, tal hipótese é vedada pela lei caso os critérios de julgamento utilizados no certame sejam o de melhor técnica ou o de maior desconto, impondo em tais hipóteses a divulgação dos valores do orçamento¹³⁷.

Podendo ser sigiloso o orçamento, decorre que somente os órgãos de controle interno e externo poderão ter acesso ao valor estimado para o oferecimento do objeto contratual, o que será divulgado somente após o término da licitação, sem prejuízo de antes serem publicados os detalhes dos elementos quantitativos e das demais informações que digam respeito à elaboração das propostas. Com isso, a Administração apreze buscar tornar a cargo dos particulares a disposição dos valores a serem praticados no âmbito do certame¹³⁸.

Outrossim, o orçamento sigiloso justifica-se pela dificuldade de manutenção de uma tabela de custos sempre atualizada conforme os valores vigentes no mercado, cuja dinamicidade constitui óbice para tanto. Além disso, o particular deixa de pautar a apresentação de suas propostas nos valores estimados pelo poder licitante, passando a oferecer o chamado “preço limpo”¹³⁹.

Todavia, Carvalho Filho salienta que, apesar de o legislador ter objetivado evitar o superfaturamento de obras públicas, o orçamento sigiloso não constitui

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹³⁶ Ibidem, p. 306.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 375.

¹³⁸ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 762.

¹³⁹ Ibidem, p. 763.

efetiva garantia de que tal perigo realmente seja afastado, podendo provocar, inclusive, efeito contrário ao almejado¹⁴⁰.

O orçamento sigiloso também foi questionado pelo perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655, que considera o sigilo orçamentário uma afronta ao princípio da publicidade¹⁴¹.

Nesse sentido, é preciso dizer que a análise desta problemática não pode se furtar de levar em consideração que a publicidade antecipada do orçamento tornaria frustrada a tentativa por parte da administração de diminuir os preços oferecidos pelos licitantes. Ademais, não caberia falar em sigilo do orçamento, pois o que a Lei do RDC estipula é uma publicidade tardia, que por sua vez não alcança os órgãos de controle¹⁴².

4.2 CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Uma das inovações do RDC é a contratação integrada, que constitui um novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia. Esse regime se assemelha à figura da empreitada integral, já definida na alínea “e” do inciso VIII do art. 6º da Lei nº 8.666/93 e também conceituada no inciso I do art. 2º da Lei nº 12.462/2011.

A empreitada integral caracteriza-se pelo compromisso de o particular assumir a universalidade das etapas de execução e planejamento atinentes ao objeto contratual, devendo a obra ser entregue em estado propício ao desenvolvimento das atividades exercidas pela administração pública. Compromisso

¹⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹⁴¹ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 251.

¹⁴² CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 58, dezembro de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

esse, regido por uma série de requisitos e orientações fixados em um documento denominado projeto básico¹⁴³.

A contratação integrada, por sua vez, apesar de possuir a maior parte das características da empreitada integral, dispondo do mesmo objetivo de conferir ao particular maior autonomia na execução do contrato, se diferencia desta justamente por ampliar a liberdade e a responsabilidade do contratado, conferindo a este o dever de também elaborar o projeto básico da obra ou serviço¹⁴⁴.

Na Lei do RDC a contratação integrada também vem disciplinada no art. 9º, que também a conceitua em seu § 1º, enquanto que o art. 8º, § 1º estabelece a preferência pela contratação integrada e pela empreitada integral nas licitações envolvendo obras e serviços de engenharia¹⁴⁵, desde que apresentadas as justificativas de natureza técnica e econômica, devendo o objeto da contratação se encaixar em uma das hipóteses previstas nos incisos do caput do art. 9º da Lei nº 12.462/2011¹⁴⁶.

Vale frisar que no regime de contratação integrada, o projeto básico, a ser elaborado pelo próprio contratado, assume a nomenclatura de anteprojeto de engenharia. O anteprojeto de engenharia, por sua vez, consiste em um documento que caracteriza o objeto a ser executado, trazendo a justificativa dos investimentos e de outras necessidades de natureza diversa. Além disso, o anteprojeto de engenharia deve conter detalhes referentes à estética arquitetônica, bem como deve dispor acerca dos impactos ambientais e da utilização econômica do objeto a ser entregue, em conformidade com o interesse público, guardando compatibilidade com a qualidade desejada para a prestação do serviço¹⁴⁷.

¹⁴³ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 55, 2011, p. 2, disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

¹⁴⁴ Ibidem, idem.

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 251.

¹⁴⁶ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 763.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 366.

Desta forma, o particular se deve valer-se de suas habilidades e experiências na execução da obra ou serviço, de modo a evitar que os riscos do empreendimento o prejudiquem. Isso porque o regime de contratação integrada estabelece vedação a termos aditivos, salvo na hipótese de ocorrido caso fortuito ou força maior que implique desequilíbrio econômico-financeiro¹⁴⁸.

Ocorre que, dispondo o particular de tamanha liberdade para executar o contato, a administração pública e os órgãos de controle encontram substancial dificuldade para verificar se os valores praticados pelo contratado realmente encontram-se em conformidade com aquilo que no mercado comumente se pratica. Tal problema se baseia na falta de recursos como estrutura e conhecimento de que tais órgãos possam sofrer¹⁴⁹.

Além disso, a maior carga de riscos transferidos para o contratado no regime de contratação integrada pode vir a desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato, tendo em vista que o anteprojeto de engenharia geralmente é eivado de imprecisão tal que pode vir a tornar ainda mais oneroso o objeto da licitação sob RDC¹⁵⁰.

Ademais, parte da doutrina sustenta que a contratação integrada vulnera a ampla competitividade que deve existir entre os concorrentes, tendo em vista que um único participante do processo licitatório é escolhido para assumir uma série de atribuições que poderiam restar a cargo de um maior número de contratados, o que poderia, inclusive, aumentar a qualidade e a eficiência da execução do objeto contratual¹⁵¹.

4.3 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

¹⁴⁸ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 764.

¹⁴⁹ Ibidem, idem.

¹⁵⁰ CALDEIRA, Daniel Matos. *Diretrizes para o gerenciamento de riscos em contratos de obras públicas: estudo de caso da contratação integrada*. 2015. xii, 168 f., il. *Dissertação (Mestrado em Estruturas e Construção Civil)* — Universidade de Brasília. Brasília: 2015., p. 76, disponível em:

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20423/1/2015_DanielMatosCaldeira.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

Outro ponto controverso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, diz respeito à remuneração variável, prevista no art. 10 da Lei 12.462/2011 e disciplinada em seu respectivo parágrafo único. Essa previsão legal permite, desde que haja motivação, que se remunere o contratado de acordo com seu desempenho perante critérios avaliativos que podem envolver qualidade, cumprimento de prazos e sustentabilidade ambiental¹⁵².

Referente a esse aspecto, é possível afirmar que a remuneração variável dificulta a aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável no que tange à sustentabilidade ambiental, pois dá ao contratado a impressão de este possui licença para exercer o menor cuidado possível na observação das normas referentes à preservação ambiental¹⁵³.

Tendo em vista que eventuais danos poderão ser compensados na remuneração, o contratado pode sentir-se suficientemente livre para causá-los se assim julgar necessário, sensação que é intensificada pelo art. 4º, § 1º, II, da Lei nº 12.462/2011, que se refere a normas que podem estabelecer “mitigação por condicionantes e compensação ambiental”, desrespeitando dispositivos constitucionais que asseguram a proteção ao meio-ambiente como os artigos 215, 216 e 225¹⁵⁴.

Por outro lado, a remuneração variável pode servir como instrumento para incrementar a qualidade do objeto licitado, uma vez que a partir de parâmetros objetivos estabelecidos no instrumento convocatório e no próprio contrato, o licitante vencedor se vê impelido não só ao adimplemento das cláusulas a que aderiu, como também a aumentar seu compromisso com a qualidade, economia de recursos e celeridade na execução do quanto pactuado. Nesse sentido, para que a remuneração variável cumpra com tais objetivos, é preciso que a Administração

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 376.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹⁵⁴ Ibidem, idem.

estabeleça metas e uma escala que determine os níveis de qualidade em função do valor remunerado¹⁵⁵.

4.3 POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES (ADI 4655)

O impacto do Regime Diferenciado de Contratações atingiu não só a doutrina, bem como toda a comunidade jurídica mostrou-se inquieta em torno do novo regime de licitações e contratações no âmbito da administração pública brasileira. Destarte, não só os estudiosos levantaram dúvidas em relação a certos aspectos da Lei nº 12.462/2011 e de seu regulamento, com também algumas autoridades se voltaram contra as disposições trazidas pelo RDC.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal, através da atuação do então Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel, ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da Lei nº 12.462/2011 em vários pontos, alguns dos quais serão tratados a seguir.

O primeiro ponto alegado pelo *parquet*, diz respeito a vícios constitucionais referentes ao processo legislativo que trouxe o RDC ao ordenamento jurídico, questionando, assim, a constitucionalidade formal da Lei 12.462/2011.

Antes de adentrar nesse mérito, o leitor deve estar informado de que a referida Lei originou-se da Medida Provisória nº 527/2011, que tratava sobre alterações na legislação referente à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária e às atividades aeronáuticas civis, além de dispor sobre a organização dos ministérios e da Presidência da República, dentre outros temas. Acontece que a matéria referente ao Regime Diferenciado de Contratações somente passou a

¹⁵⁵ MENDES, Luiz Eduardo. *O regime diferenciado de contratações: inovações e aspectos polêmicos*. 2014. 53 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília. Brasília: 2014, p. 39, disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10065/1/2014_LuizEduardoMendes.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.

figurar no texto da referida Medida provisória através de emenda parlamentar, originando a Lei nº 12.462/2011¹⁵⁶.

Diante disso, o Ministério Público Federal, sustenta na ADI 4655 que, sendo a Medida Provisória diploma normativo de iniciativa exclusiva do Presidente da República, a possibilidade de o Congresso acrescentar nova matéria junto àquela já tratada inicialmente, violaria a regra basilar da separação de poderes. Ao lado disso, tem-se que toda Medida Provisória trata de matéria urgente e relevante, justificando a iniciativa do Chefe do Poder Executivo Federal, a quem cabe determinar se determinada matéria seja de tal forma dotada de tais aspectos, que mereça ser objeto dessa espécie normativa¹⁵⁷.

Desta forma, ainda que a Constituição Federal preveja a possibilidade de emenda a medidas provisórias quando da conversão em projeto de lei, o fato é que a matéria do RDC pouca ou nenhuma conexão guardava com o texto original da aludida Medida Provisória, constituindo em claro abuso ao poder de emendar. Assim sendo, o Procurador-Geral defendeu que nem mesmo a posterior sanção presidencial seria capaz de convalidar o vício que ora se verifica, conforme reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em entendimento já consolidado¹⁵⁸.

Isso se justifica pelo fato de a medida provisória, antes mesmo de ser apreciada pelo Congresso Nacional, já produz efeitos imediatos na ordem jurídica, devendo imediatamente ser convertida em projeto de lei. Por conta disso, a

¹⁵⁶ PEREIRA, Marcel. *Regime diferenciado de contratações: aspectos constitucionais e inovações trazidas ao campo das licitações públicas*. 2015. 72 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília. Brasília: 2015, p. 17, disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10942/1/2015_MarcelPereira.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁵⁷ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos. *O regime diferenciado de contratações públicas à luz das Adins 4645 E 4655 – Análise Crítica*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2012, p. 28, disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10363/Gabriella%20Marques%20de%20Azevedo%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 29.

interpretação sistemática do texto constitucional impõe que as medidas provisórias encontram-se sujeitas aos mesmos procedimentos que regem os projetos de lei de iniciativa privativa do presidente da República¹⁵⁹.

Entrementes, há quem sustente que, por ter tratado a emenda sobre licitação e contratação na administração pública, não haveria abuso no poder de emendar, uma vez que compete privativamente ao Poder Legislativo dispor sobre tal assunto. Por este viés, não podendo o Presidente redigir medida provisória tecendo acerca de tal matéria, caberia ao Congresso proceder à emenda para que o ato normativo passasse a dispor sobre o tema¹⁶⁰.

Outra característica do Regime Diferenciado de Contratações questionada pelo Ministério público federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4655 é a possibilidade de realização do procedimento auxiliar ao processo licitatório denominado pré-qualificação permanente¹⁶¹.

Com efeito, o art. 29, elenca os procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo RDC, discriminando em seu inciso primeiro o instituto da pré-qualificação permanente, que permite à administração pública proceder à qualificação prévia de fornecedores que se mostrarem aptos à execução de serviços ou obras em determinado local e dentro de prazo certo, nas condições predeterminadas pelo poder licitante. A pré-qualificação permanente também visa selecionar fornecedores de bens que se enquadrem nos padrões qualitativos e nas exigências quantitativas e técnicas estabelecidas de forma objetiva pela administração pública¹⁶².

Frise-se que a pré-qualificação já era prevista na Lei nº 8.666/93, porém a Lei nº 12.462/2011, ao tratar do mesmo instituto, acrescentou algumas diferenças. De fato, o regime geral de licitações restringe a pré-qualificação ao mero exame da

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira.

¹⁶⁰ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos., op. cit., p. 35.

¹⁶¹ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 256.

¹⁶² GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 767.

qualificação técnica, objetivando uma licitação individualmente considerada, cujas peculiaridades tornem recomendáveis o uso desta ferramenta legal¹⁶³.

Já a pré-qualificação permanente do RDC pode ser realizada para além da análise da qualificação técnica, podendo abranger também a habilitação de uma forma geral, efeito que se depreende do quanto disposto no art. 30, inciso I da Lei nº 12.462/2011. Ademais, diferentemente da Lei nº 8.666/93, o RDC possibilita que a pré-qualificação uma vez realizada, possa ser aproveitada para um número ilimitado de certames licitatórios, daí decorre o seu caráter “permanente”¹⁶⁴.

Nesses moldes, realizada a pré-qualificação permanente, poderá a administração pública optar por limitar a participação em futuras licitações aos fornecedores qualificados previamente, desde que obedecidas as condições fixadas no art. 86 do Decreto nº 7581/2011, conforme preceitua o § 2º do art. 30 da Lei do RDC¹⁶⁵.

É justamente neste ponto que tocou o Procurador-Geral da República, que alegou ser inconstitucionais as previsões da Lei do RDC e de seu regulamento que tratassem de pré-qualificação permanente. Sustenta o *Parquet* Federal que o referido instituto afronta diretamente a Lei Magna, mais precisamente em seu art. 37, inciso XXI, que insere assegura a igualdade entre os participantes dos certames licitatórios empreendidos pelo poder público¹⁶⁶.

O Ministério Público Federal afirma na ADI 4655 que a pré-qualificação permanente, ao alijar das licitações aqueles que não foram selecionado pelo procedimento prévio, além de romper com o princípio da isonomia, torna por também transgredir o princípio da impessoalidade¹⁶⁷. Desta forma, percebe-se a existência de um notável conflito entre a ampliação do número de licitantes como forma de garantir a isonomia e a ampla concorrência e o objetivo do RDC em

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 461.

¹⁶⁴ Ibidem, idem.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 462.

¹⁶⁶ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos., op. cit., p. 47.

¹⁶⁷ Ibidem, idem.

acelerar o processo licitatório e buscar a contratação que melhor satisfaça o interesse público¹⁶⁸.

Noutro giro, pode-se dizer que é difícil identificar em qualquer ordenamento jurídico a existência de princípios absolutos, o que implica no fato de que em muitas situações um princípio pode deixar de ser aplicado em função de outro¹⁶⁹. No caso aqui analisado, com o intuito de favorecer a celeridade dos processos licitatórios regidos pela nova Lei, pareceu o legislador decidir pelo sacrifício da possibilidade de sempre se ter no RDC certames de concorrência mais ampla quanto possível. Nesse sentido, dada a premência dos grandes eventos esportivos internacionais a serem realizados no Brasil, a Lei nº 12.462/2011 foi redigida para dar ao administrador ferramentas que agilizassem o processo licitatório e tornasse viável a pretensão brasileira em sediar eventos tão exigentes¹⁷⁰.

Ante o exposto, logo se percebe que as questões suscitadas pelo novo regime de licitações demonstram as fragilidades e inconsistências jurídico-normativas do texto da Lei do RDC, cuja redação claramente se mostra afetada pela urgência que motivou a concepção do referido diploma normativo. Nesse passo, a Lei nº 12.462/2011 se mostra como elemento fático a reforçar um anseio já antigo de boa parte da comunidade jurídica, qual seja, uma nova lei sobre licitações e contratações no âmbito da administração pública.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 62.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Baden-Baden. 4 ed. 2001. p. 94-97

¹⁷⁰ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos., op. cit., p. 63.