



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ARTHUR FÉLIX DOS SANTOS GRASSI

ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Salvador
2017

ARTHUR FÉLIX DOS SANTOS GRASSI

**ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da Universidade Federal da
Bahia.

Orientadora: Prof^a. Rita A. Rehem Almeida Tourinho.

Salvador

2017

ARTHUR FÉLIX DOS SANTOS GRASSI

ASPETOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 10 de abril de 2017.

Rita A. Rehem Almeida Tourinho – Orientadora _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Durval Carneiro Neto _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

RESUMO

O presente trabalho visa explorar as controvérsias suscitadas pelo advento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei nº 12.462/2011, tentando demonstrar a sua importância a partir de sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. Inclui nessa abordagem, o histórico dos diplomas normativos que disciplinaram o processo licitatório ao longo da história do Brasil, com ênfase para a implantação do atual regime geral de licitações públicas, instaurado pela Lei nº 8.666/93, enfatizando também o surgimento de outros diplomas legais a tratar do mesmo tema e a importância dos mesmos. Nesse contexto é inserida a Lei nº 12.462/2011 e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, considerando suas inovações, avanços, semelhanças com os demais regimes licitatórios vigentes e seus aspectos processuais mais importantes. Em seguida, são tratados os impasses gerados por alguns aspectos polêmicos do novo regime de licitações, apontando, quando possível, algumas saídas para os mesmos e para as possíveis inconstitucionalidades de seu texto legal. Por fim, o trabalho busca traçar um panorama para o futuro das licitações no Brasil a partir da análise do Projeto de Lei nº 559/2013.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Licitações. Contratos. Princípios. Administração Pública. Ação direta de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper seeks to explore the controversies raised by the advent of the Differentiated Regime of Public Contracts, established by Law nº. 12,462/2011, trying to demonstrate the importance your from your position in the Brazilian legal system. Includes in this approach, the history of diplomas that they discipline the normative bidding process throughout the history of Brazil, with emphasis on the implementation of the current general system of public bidding, introduced by Law nº. 8,666/93, emphasizing also the emergence of other legal acts dealing with the same subject and the importance thereof. In this context is inserted into the Law nº. 12,462/2011 and the Differentiated Regime of Public Contracts, considering their innovations, advances, similarities with other bidding schemes in force and its most important procedural aspects. They are then treated the dead ends generated by some controversial aspects of the new system of bidding, aiming, where possible, some outputs to the same and to the possible unconstitutional dispositions contained in your legal text. Finally, the work seeks to draw a panorama to the future of bids in Brazil from the analysis of the Project of Law nº. 559/2013.

Key words: Differentiated Regime of Public Contracts. Bids. Contracts. Principles. Public Administration. Direct action of unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	A LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.1	CONCEITO DE LICITAÇÃO.....	10
2.2	HISTÓRICO.....	12
2.3	A LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI Nº 8.666/93.....	16
2.4	DIPLOMAS NORMATIVOS POSTERIORES: UMA NOVA VISÃO SOBRE O PROCESSO LICITATÓRIO.....	20
2.4.1	A Lei nº 8.666 e a burocratização excessiva.....	20
2.4.2	Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.....	22
2.4.3	Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997.....	25
2.4.4	Decreto nº 2.745 de 24 de agosto de 1998.....	27
2.4.5	Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.....	28
2.4.6	Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.....	30
3	O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	33
3.1	INTRODUÇÃO.....	33
3.2	PREVISÕES COMUNS À LEI Nº 8.666/93.....	34
3.3	SEMELHANÇAS COM OUTRAS MODALIDADES DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES.....	36
3.4	RECURSOS NO PROCESSO LICITATÓRIO SOB RDC.....	38
4	ASPECTOS POLÊMICOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	40
4.1	ORÇAMENTO SIGILOSO E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	40
4.2	CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	42
4.3	REMUNERAÇÃO VARIÁVEL.....	44
4.4	POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES (ADI 4655).....	46
4.5	PERSPECTIVAS PARA AS LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PROJETO DE LEI Nº 559/2013.....	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

É evidente o fato de que a administração pública brasileira enfrenta enormes dificuldades e desafios ao cumprir seu dever em prestar serviços públicos de qualidade satisfatória com os recursos que dispõe. Recursos esses, que, longe de serem apenas suficientes, são bastante amplos devido às altas cargas tributárias impostas aos cidadãos e às empresas nacionais. Com isso, o Brasil se situa em uma realidade aparentemente paradoxal: arrecada-se como em países nórdicos, obrigando, com a força da Lei, a população a investir pesado em propostas cujo retorno se mostra muito aquém do esperado.

Isso mostra, que tão ou mais importante do que arrecadar, é preciso saber gerir os valores recolhidos, pois somente desta forma pode a Administração prestar os serviços públicos, tão importantes para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o assunto das licitações e contratações no âmbito da administração pública adquire extraordinária importância, uma vez que é justamente por meio do processo licitatório que se torna possível firmar o contrato mais vantajoso para o ente público. Assim sendo, uma licitação justa, transparente, eficiente, econômica e que consiga aliar celeridade e enquadramento às disposições legais se mostra um anseio da sociedade brasileira, e torna as regras que envolvem os processos licitatórios assunto merecedor de preocupação por parte da comunidade acadêmica e dos profissionais de direito.

Motivado por esta mesma preocupação, o presente trabalho foi redigido e dedicado à investigação dos aspectos polêmicos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, nova modalidade de contratação trazida pela Lei nº 12.462/2011 e regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011, ambos concebidos em um agitado contexto.

Deveras, não bastando os problemas típicos enfrentados pelo Brasil no que tange às funções administrativas do Estado, no ano de 2007 o país foi selecionado como sede da Copa do Mundo FIFA de 2014 e em 2009 a cidade do Rio de Janeiro foi escolhida como sede dos Jogos Olímpicos e dos Jogos Paralímpicos de 2016. Com isso, a administração pública brasileira, além das suas atribuições cotidianas, executadas de forma pouco satisfatória, assumiu a responsabilidade de, em curto

espaço de tempo, preparar toda a estrutura necessária para a realização dos grandes eventos esportivos internacionais. Isso significou a necessidade de um grande salto no que se refere à capacidade gerencial do poder público, para atender a uma demanda por obras e serviços sem precedentes na chamada Nova República.

Para tanto, o modelo de licitações vigente, que já se mostrara inadequado em diversas situações, levando à promulgação de outras leis e decretos sobre o tema, desta vez foi visto como uma ameaça às pretensões do Brasil em sediar os referidos eventos. Isso porque a Lei nº 8.666/93, devido ao seu formalismo, dava origem a processos licitatórios marcados pelo excesso de burocracia, que tornavam a escolha da proposta mais vantajosa um procedimento longo, demorado e dispendioso. Ademais, os outros regimes licitatórios em vigor eram aplicáveis a situações bastante restritas e, mesmo diferindo em alguns aspectos do regime geral, não eram capazes de corresponder às necessidades da Administração naquele momento.

Com isso, era preciso um novo regime de licitações e contratações públicas, que conferissem ao processo licitatório um caráter mais dinâmico e produtivo. Nesse passo, surge a Lei nº 12.462/2011 e institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, trazendo novas regras licitatórias e atinentes às relações contratuais, destinadas a viabilizar a realização dos eventos esportivos.

Ocorre que, o conteúdo da referida Lei e de seu regulamento gerou grande repercussão na comunidade jurídica, tendo muitos doutrinadores se posicionado contra alguns aspectos do novo regime de licitações, seja pela falta de técnica legislativa, a dificultar a interpretação dos dispositivos, seja por supostas incompatibilidades com outras espécies legais e até mesmo com a própria Constituição. Com efeito, o Regime Diferenciado de Contratações teve sua constitucionalidade questionada pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o processo legislativo que levou ao seu aparecimento na ordem jurídica, bem como a posterior ampliação das hipóteses de incidência, fizeram com que a nova normativa fosse aplicada para as contratações mais importantes. Com isso, o novo regime perdeu um pouco do seu caráter diferenciado enquanto legislação destinada a situações emergenciais.

Nesse sentido, o presente trabalho visa explorar os pontos mais controversos da nova modalidade de licitações, evidenciando as críticas apontadas pela doutrina, com ênfase aos aspectos mais polêmicos da Lei nº 12.462/2011, buscando, quando possível, propor algumas saídas para os impasses ora levantados.

Para isso, o trabalho foi elaborado a partir de uma ampla e diversificada pesquisa a incluir bibliografia, legislação e jurisprudência de forma a embasar sua estrutura e fundamentar as ideias trazidas em seu texto. Assim, o trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará o tema das licitações no âmbito da administração pública sob uma perspectiva histórica, trazendo a evolução legal do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, busca-se contextualizar o objeto central do trabalho, traçando um cenário geral das circunstâncias jurídico-políticas que levaram à instauração do novo regime de licitações.

O segundo capítulo trará ao leitor uma visão ampla do regime Diferenciado de Contratações Públicas, buscando esclarecer no que este consiste, abordando assim seus elementos conceituais. Em seguida, há de serem evidenciados os aspectos comuns à legislação que antecede o novo regime, com o escopo de mostrar o que o novo regime aproveitou das modalidades licitatórias que já vigoravam.

O referido capítulo também possui o objetivo de trazer as principais inovações do Regime Diferenciado, evidenciando o que a nova modalidade trouxe de mais ousado, avaliando também suas peculiaridades processuais. Assim, o trabalho esclarece a importância da nova Lei e o impacto gerado por esta no ordenamento.

O terceiro capítulo cuidará de aspectos do novo regime que mais suscitaram polêmicas no âmbito jurídico, das quais destacam-se a contratação integrada, o orçamento sigiloso e as possíveis inconstitucionalidades, formais e materiais, da Lei nº 12.462/2011 e do Decreto nº 7.581/2011.

Além disso, ao tratar dos problemas ocasionados pela nova legislação e suas possíveis soluções, o terceiro capítulo também se propõe a traçar perspectivas para o futuro das licitações e dos contratos administrativos no Brasil com o advento do Projeto de Lei nº 559/2013, que busca substituir o atual regime geral de licitações da Lei nº 8.666/93 bem como revogar a Lei do Pregão e que, além de apresentar

muitas novidades, traz consigo muitos dos pontos controversos presentes no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Por fim, as considerações finais convidarão o leitor a uma reflexão sobre o cenário geral da licitação e das contratações públicas no Brasil, evidenciando os rumos tomados pelo legislador no tratamento do tema. Assim, busca-se contribuir para o debate acerca do tratamento legal dispensado ao assunto, cuja importância sobre-excede-se no atual momento de crise econômica que assola o serviço público brasileiro.

2 A LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Ao desempenhar suas funções, o poder público muitas vezes o faz contando com a ajuda de particulares, no intuito de baratear os custos e aumentar a qualidade dos serviços prestados. Para tanto, a administração pública lança mão da licitação como uma de suas principais ferramentas no cumprimento de suas atividades, notadamente ao atuar em setores nos quais a máquina estatal não é vocacionada para fazê-lo diretamente.

A licitação, por sua vez, pode ser conceituada como um procedimento administrativo levado a efeito por órgão competente¹ através do qual o Estado, munido de prerrogativas públicas, no exercício da função administrativa, seleciona o particular que melhor preenche as exigências constantes no ato convocatório², onde são estabelecidos parâmetros objetivos de competição e seleção e pelo qual a licitação é precedida³.

O instrumento convocatório, que, em regra, trata-se de um edital⁴, da mesma forma que o contrato, faz lei entre as partes, não podendo ser alterado unilateralmente pela administração pública, que deve observar e cumprir suas disposições durante o processo de seleção da melhor proposta, bem como após a escolha do contratado⁵.

Sua natureza jurídica de processo ou procedimento administrativo se deve ao fato de que a licitação é composta de diversos atos e fatos que culminam na escolha do interessado em firmar relações com o ente público. Com isso, diversos atos são praticados tanto pelos particulares quanto pela Administração, e destes decorrem

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 441.

² DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1975, p. 92, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 411.

³ JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., loc. cit.

⁴ Na modalidade prevista no inciso III do art. 22 da Lei nº 8666/93, o instrumento convocatório é chamado de carta-convite.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 412.

fatos que interferem nos rumos do procedimento licitatório, que também é influenciado por outros fatos de origem diversa⁶.

Como em regra ocorre com todos os atos administrativos, aqueles praticados durante a licitação se processam conforme o regime jurídico de direito público, que confere as chamadas prerrogativas públicas, que são privilégios que o poder público tem em relação aos particulares, no exercício de algumas de suas funções.

Outrossim, por ser antecedente lógico do contrato administrativo, a licitação consiste em um procedimento preparatório para o mesmo — ressalvadas hipóteses peculiares previstas em lei⁷ — e gera ao participante selecionado, não o direito à formalização de ajuste com o ente governamental, mas sim a expectativa, de tal forma que se acordo houver, este será entre a Administração Pública e o vencedor do certame⁸.

Importante ressaltar que os atos praticados no âmbito do processo licitatório conferem pouca margem discricionária ao administrador, o que permite classificar a licitação como um procedimento vinculado, regido por exaustivas normas a serem cuidadosamente observadas para a garantia da integridade do certame e dos interesses dos administrados⁹.

A licitação visa promover uma disputa entre os interessados, sendo portando marcada pela competição entre estes¹⁰. Valendo-se de tal característica, a pessoa governamental consegue escolher a proposta mais vantajosa em termos financeiros e qualitativos. Para tanto, o inciso XXI do art. 37 da constituição federal preconiza que durante o processo, a igualdade de condições entre os concorrentes deve ser assegurada.

⁶ Ibidem, p. 411.

⁷ No caso da modalidade denominada “concurso”, a licitação não antecede qualquer contrato administrativo, pois o objeto que fundamenta a relação estabelecida entre poder licitante e particular já é por este executado antecipadamente, destinando o processo licitatório à simples apresentação, seguida da escolha, por parte da Administração, do mais bem elaborado trabalho técnico, científico ou artístico, com o imediato pagamento de contraprestação legalmente alcunhada como “prêmio ou remuneração”, na forma do art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 307.

⁹ Ibidem, p. 283.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 536 et seq.

2.2 HISTÓRICO

Desde a Idade Média a administração pública preocupa-se em obter o contrato mais benéfico para si através de um procedimento que seja capaz, também, de garantir os direitos dos administrados¹¹. Desta forma, durante o referido período histórico, havia um sistema conhecido por “vela e pregão” que consistia em apregoar um documento no qual era descrita uma obra a ser realizada, e enquanto ardia uma vela, os construtores teriam a chance de oferecerem suas propostas¹².

Com o passar dos séculos, esta forma rudimentar de escolha do contratante cedeu lugar a métodos mais aprimorados, cuja forma e conteúdo passaram a traduzir uma preocupação crescente com a efetividade dos princípios jurídicos¹³.

Já o Brasil começou a legislar sobre licitações no contexto da administração pública durante o reinado de D. Pedro II, com o Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1826, que estabelecia regras e cláusulas gerais para as arrematações e execução dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Tal decreto foi o primeiro a trazer para o ordenamento jurídico pátrio noções indispensáveis como sigilo das propostas, igualdade entre participantes e publicidade, que caracterizam a concorrência pública até os dias atuais¹⁴.

Além do Decreto nº 2.926/1826, Lei nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, a Lei nº 3.232, de 5 de janeiro de 1917, em seu art. 94, a Lei nº 3.454, de 6 de janeiro de 1918, em seu art. 170, e a Lei nº 3.991, de 5 de janeiro de 1920, em seu art. 731, vieram tratar de forma singela o assunto¹⁵.

Em 1922, durante o governo de Epitácio Pessoa, o Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922 e o seu regulamento, constante em anexo do Decreto nº 15.783 de 08 de novembro de 1922, inovaram na ordem jurídica ao instituírem o Código de Contabilidade Pública da União. Tal codificação, que permaneceu em uso durante

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 284.

¹² Ibidem, idem.

¹³ Ibidem, idem.

¹⁴ BARBOSA, Glauber de Castro. Processo licitatório no Brasil: evolução normativa. *Revista Ciências Sociais em Perspectiva*, Cascavel-PR, v. 8, n. 15, p. 150, 2009.2. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/download/2330/3161>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

¹⁵ Ibidem, idem.

45 anos¹⁶, previa duas modalidades de licitação: a concorrência pública e a concorrência administrativa.

Outra modalidade de licitação, a coleta de preço, foi criada através do Decreto-lei nº 2.206 de 20 de maio de 1940, que junto com as duas outras modalidades supracitadas, marcaram a face das licitações na administração pública até o advento da Lei nº 4.401/1964, que será tratada mais adiante.

A concorrência pública caracterizava-se pela sua ampla publicidade e por ter a habilitação dos concorrentes como fase inicial, seguida pelo estudo das propostas e pela classificação, na qual era escolhida a oferta absolutamente menos onerosa¹⁷. Já a concorrência administrativa, geralmente utilizada para aquisição de bens de consumo, tinha como traço marcante a limitação do número de participantes, abrangendo apenas os fornecedores previamente inscritos em determinados órgãos da Administração¹⁸.

Além destas, havia a coleta de preços, processo menos burocrático, mais dinâmico e mais flexível com relação ao exame dos preços e das condições de execução do objeto. Tal procedimento era empregado a depender do valor e das peculiaridades da contratação, quando prescindível a concorrência pública e a concorrência administrativa¹⁹.

Apesar dos avanços trazidos pelo Decreto nº 4.536/1922 e seu regulamento, alterações pontuais feitas através de legislação esparsa tornaram por quebrar a organização sistemática dos institutos previstos, dificultando sua interpretação e execução²⁰.

Neste contexto, surge a Lei nº 4.401 de 10 de setembro de 1964, o primeiro texto legal a consagrar o termo “licitação” no âmbito da legislação administrativa brasileira, substituindo a expressão “concorrência”, que passou a ser utilizada para denominar algumas modalidades²¹.

¹⁶ Ibidem, idem.

¹⁷ DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das licitações na administração pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 20.

¹⁸ Ibidem, p. 21.

¹⁹ Ibidem, p. 19 et seq.

²⁰ Ibidem, p. 19.

²¹ Ibidem, p. 22.

Porém as novidades trazidas pela Lei nº 4.401/64 não foram apenas terminológicas, pois ela também trouxe limites mais precisos quanto ao emprego das modalidades previstas. Ademais, esta lei inseriu a técnica como critério de classificação das propostas além do preço, dando ao administrador a oportunidade de ponderar entre o valor pecuniário e a qualidade do objeto contratado²².

A mudança de paradigma é comentada pelo mestre José Cretella Júnior:

[...] o princípio que informava o instituto da *licitação* (denominada, então, de *concorrência*) era o interesse financeiro do Estado em obter o preço mínimo. A boa execução dos trabalhos ou a qualidade do material fornecido parecia bastante garantido pelas minuciosas especificações constantes dos *contratos*, assim como pelo rigor das penas cominadas aos empreiteiros e fornecedores que tentassem burlar o interesse público.

Nessas condições, antes, o que mais interessava era o preço baixo, ao passo que em nossos dias a Administração propende nem sempre aceitar a proposta mais econômica tão-só, mas entende que o contrato seja celebrado com a pessoa mais apta em executá-lo.²³

Todavia, mais uma vez alterações avulsas comprometiam a coesão do texto normativo, confundindo os intérpretes e os aplicadores da norma²⁴. Somado a isto, houve a outorga da Constituição Federal de 1967, o que gerou a necessidade de uma profunda reforma administrativa.

Nesse passo, acolhendo sugestões da doutrina e as tendências jurisprudenciais, surge o Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, procurando atender às crescentes necessidades da administração pública, que se revelou a maior beneficiada pelas novas disposições²⁵.

Este decreto-lei previa em seus artigos 125 a 144, como modalidades licitatórias, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, servindo de inspiração para a legislação hodierna sobre o assunto, além de ter trazido, em seu art. 10, § 7º, a terceirização como estratégia política a fim de evitar os efeitos provocados por uma máquina estatal inflada.

²² Ibidem, idem.

²³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 387.

²⁴ Ibidem, p. 23.

²⁵ Ibidem, idem.

Os próximos documentos legislativos a tratarem de licitações no sistema jurídico nacional foram a Lei nº 5.456 de 20 de junho de 1968 e a Lei nº 6.946 de 17 de setembro de 1981, que atualizou os critérios de adoção de cada modalidade licitatória, além de tratar sobre cadastro de licitantes.

Já a Lei nº 5.456/1968, ao dispor sobre a aplicação das normas do Decreto-lei nº 200/1967 aos Estados e aos municípios, provocou efervescente debate na doutrina.

Uma vez que a Constituição de 1967 era silente em relação ao tema, uma corrente defendia que normas gerais sobre licitação seria matéria própria de direito financeiro, cuja produção legislativa caberia à União, de acordo com art. 8º, XVII, c, e parágrafo único da Lei Maior em vigor. Enquanto isso, outra corrente sustentava que as licitações seriam objeto do Direito Administrativo, cuja competência legislativa pertenceria a cada um dos Estados-membros da Federação. Com isto, a referida Lei seria inconstitucional, por configurar violação ao princípio da autonomia e consequentemente a desfiguração do pacto federativo²⁶.

A promulgação do Decreto-lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, ao contrário de por fim à discussão, acrescentou um novo elemento ao debate ao prever em seu art. 85 que as normas gerais ali estabelecidas seriam aplicadas aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios. Tal previsão se mostrou uma flagrante demonstração de falta de técnica legislativa, pois o texto não especificava quais normas teriam caráter geral e quais normas seriam aplicáveis apenas à União²⁷.

A controvérsia foi superada em grande parte com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 22, inciso XXVII, concedeu à União competência para legislar em termos gerais sobre licitações e contratos. Entretanto, persistiu sem solução a problemática envolvendo os critérios capazes de separar as normas gerais das normas especiais no Decreto-lei 2.300/1986, o que pôs em xeque a aplicação dos princípios ali previstos, cujo reconhecimento quanto ao seu caráter

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 412.

²⁷ Ibidem, p. 413.

geral ficou sujeito às posições da doutrina e cuja aplicação restou sob o livre arbítrio do intérprete²⁸.

2.3 A LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI Nº 8.666/93

As Constituições anteriores não dispunham de qualquer dispositivo tratando sobre licitação, fazendo com que tal instituto fosse apenas um reflexo do princípio da igualdade²⁹, somente passando a desfrutar de disciplina constitucional com o advento da Constituição de 1988³⁰. Desta forma, a Lei Maior trouxe alguns dispositivos versando acerca da temática, sendo o principal deste o inciso XXI do art. 37, no qual foi insculpido o princípio da obrigatoriedade da licitação³¹, traduzido na disposição *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

É em decorrência deste princípio que o poder público está proibido de aceitar dação em pagamento como meio para adimplemento de obrigações tributárias, pois a aquisição de bens há de ser obrigatoriamente precedida de procedimento licitatório³².

Sobre a obrigatoriedade da licitação, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

²⁸ Ibidem, idem.

²⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 533.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 247.

³¹ Ibidem, idem.

³² Ibidem, idem.

[...] deve-se entender que o simples princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF) e, *a fortiori*, perante a Administração — obrigada a agir com “impessoalidade”, nos termos do art. 37, *caput*, da Lei Magna —, normalmente, imporá licitação também no caso das *permissões de uso exclusivo de bem público* ou de qualquer outro ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar. Nesta última hipótese, quando as normas regentes da licitação forem indubitavelmente inadequadas ao caso, terá de existir, pelo menos, algum procedimento capaz de assegurar tratamento impessoal, que enseje iguais oportunidades a quantos desejam aceder a ela³³.

A preocupação do legislador constitucional com a matéria das licitações também está expressa no art. 173, § 1º, inciso III, que estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços será estabelecido através de lei, a qual deve dispor sobre a licitação no âmbito de tais entidades.

Ademais, a redação enfática, o art. 175, *caput*, reitera a obrigatoriedade da licitação, desta vez para tratar acerca da prestação indireta de serviços públicos.

Outro dispositivo constitucional a tratar da temática é o inciso XXVII do art. 22, já abordado anteriormente, que veio tratar da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais. Nessa esteira, surge a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que suscita críticas por parte da doutrina logo no primeiro artigo.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o referido dispositivo legal detém flagrante inconstitucionalidade, por declarar que a Lei em sua totalidade versa sobre normas gerais para licitações e contratos, devendo os Estados e os municípios a estas se adaptarem. Segundo a eminente autora, tal disposição invade a competência legislativa suplementar assegurada pelos art. 24, §1º e pelo art. 30, inciso II da Constituição, pois não concede espaço para que as entidades federadas inovem sobre o assunto, obrigando-as à adesão do quanto disposto na Lei em questão, apenas promovendo a adequação às suas peculiaridades³⁴.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 537.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 414.

Tal entendimento é reforçado por Diógenes Gasparini, ao defender que o teor do art. 1º da Lei 8666/93 não detém eficácia, pois pretendeu submeter ao mesmo regime licitatório todas as unidades federadas, violando o texto constitucional³⁵.

Em que pese as considerações trazidas acima, o Supremo Tribunal Federal admitiu que apenas algumas das normas ali expressas seriam de caráter nacional, sendo as demais de caráter federal, firmando interpretação diversa ao art. 1º da Lei de Licitações, a saber:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITACAO. CONTRATACAO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte".³⁶

No mesmo sentido, é possível contornar a dificuldade apresentada considerando como normas gerais aquelas que encerram princípios, fundamentos, diretrizes e critérios³⁷, não exaurindo o assunto disciplinado a ponto de dispensarem regramento posterior. Além disso, as normas gerais podem ser caracterizadas pela possibilidade de aplicação uniforme em todo o território nacional, produzindo os mesmos efeitos em qualquer região do país, sem prejuízo de nenhum bem jurídico tutelado pelo ordenamento³⁸.

Dentre os dispositivos que podem ser considerados enquanto normas gerais na Lei nº 8.666/93 destaca-se o art. 22, que estabelece as modalidades de licitação, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Na concorrência, a licitação é realizada entre aqueles que comprovam possuir a capacidade de satisfazer as exigências do edital na fase de habilitação preliminar, enquanto que a tomada de preços exige cadastro prévio ou o atendimento às condições de cadastramento em até três dias antes da apresentação das propostas.

³⁵ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 561.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 927-3/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 11/11/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

³⁷ BORGES, Alice Gonzalez. *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 544.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 544.

O convite, por sua vez, exige ao menos três participantes, escolhidos pela administração pública, que poderá estender o certame aos interessados que se apresentarem com antecedência de 24 horas ao recebimento das ofertas³⁹.

O concurso constitui procedimento próprio para a escolha de trabalho técnico, científico, artístico, sendo o leilão destinado à venda de bens móveis e artigos penhorados ou apreendidos⁴⁰.

Todas as modalidades abordadas acima são realizadas presencialmente em órgãos administrativos, com os principais atos contidos em documentos escritos. Além disso, a idoneidade do participante é avaliada antes da apreciação das propostas, que não podem ser modificadas durante a competição⁴¹.

Já o art. 23, ao contrário do artigo anterior, não pode ser integralmente considerado como norma geral, considerando que, do ponto de vista fático, não é razoável que se exija aplicação uniforme de todas as suas disposições aos Estados e aos municípios. Isto porque, em relação aos demais entes federados, a União lida com uma realidade contábil tal, que a ordem de grandeza dos valores envolvidos em seus processos licitatórios vai muito além daquilo com o que se trabalha na seara estadual e, principalmente, no âmbito municipal.

Desta forma, os limites estabelecidos nos incisos I e II do art. 23 da Lei nº 8.666/93, em função dos quais são determinadas as modalidades do art. 22, claramente não possuem caráter de norma geral e, portanto são aplicáveis apenas à União. Inclusive, o Tribunal de Contas de Mato Grosso já emitiu entendimento de mesmo sentido, ao enfrentar consulta formulada a respeito da matéria⁴².

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José., op. cit., p. 386.

⁴⁰ Ibidem, idem.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., p. 506.

⁴² TCE-MT entende que município pode atualizar ou fixar novos valores limites para modalidades licitatórias. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/conteudo/show/sid/73/cid/38034/t/TCE-MT+entende+que+munic%EDpio+pode+atualizar+ou+fixar+novos+valores+limites+para+modalidade+s+licitat%F3rias>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

2.4 DIPLOMAS NORMATIVOS POSTERIORES: UMA NOVA VISÃO SOBRE O PROCESSO LICITATÓRIO

2.4.1 A Lei nº 8.666 e a burocratização excessiva

A disciplina prevista na Lei nº 8.666/93 trouxe modalidades licitatórias que por vezes mostram-se inaptas para contratos de menor complexidade e valor, que tinham seu trâmite obstaculizado pelas exigências excessivamente formais e burocráticas do referido diploma legal⁴³.

Apesar de trazer dispositivos inovadores em relação ao estatuto anterior das licitações, com diversos dispositivos objetivando maior controle do processo, inclusive por qualquer do povo, o fato é que as exigências da lei atual tornaram ainda mais dispendioso um tipo de procedimento que já é essencialmente caro e complexo. Tamanha é a complexidade da legislação atual, que até as formas mais simples de licitação — tomada de preços e convite — sofreram embaraços tais, que dificultam a garantia da qualidade técnica do objeto licitado, ao privilegiar o preço enquanto critério de escolha⁴⁴.

Dentre outros exemplos dos empecilhos oriundos da lei em vigor é possível citar a limitação na duração dos contratos, o que enseja a realização de um maior número de licitações com o mesmo objeto, e as dificuldades de interpretação geradas pelo texto legal, que suscitaram inúmeros debates e exigiram farta produção doutrinária e jurisprudencial⁴⁵ desde a sua promulgação.

O formalismo da atual lei de licitações por vezes acaba entrando em conflito com o princípio da razoabilidade. Nesse sentido, a doutrina tenta levantar hipóteses em que se torna razoável ponderar em torno de pequenas omissões ou irregularidades de menor importância eventualmente presentes na documentação ou na proposta oferecida⁴⁶. Da mesma forma, sustenta a doutrina que a Administração deve abster-se de realizar exigências supérfluas ou em atuar com rigor excessivo na

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 319.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 17.

⁴⁵ Ibidem, p. 17 et seq.

⁴⁶ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 551.

verificação da observância pelo proponente das regras estabelecidas para o procedimento licitatório⁴⁷.

Sucedendo que o formalismo da Lei nº 8.666 torna a licitação um processo constituído por atos que tendem a ser inteiramente vinculados, destinando-se à promoção da isonomia entre os participantes, garantindo, assim, a competitividade enquanto marca fundamental de qualquer disputa⁴⁸.

É certo, porém, que não há nulidade sem prejuízo, já que ao inabilitar um proponente, a Administração perde a oportunidade de analisar uma oferta que poderia se mostrar a mais favorável dentre as demais. Contudo, o art. 3º do estatuto geral das licitações coloca no mesmo patamar o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Desta forma, não pode a comissão de licitação, órgão responsável pelo processamento do certame, ignorar ou aplicar em desconformidade com o quanto redigido, disposições que considere desarrazoadas, ainda que estas sejam inconstitucionais, pois cabe tão somente ao Poder Judiciário a tarefa de firmar novo entendimento ou de declarar inconstitucionalidade de qualquer norma que seja⁴⁹.

Destarte, o regime disciplinado pela Lei nº 8.666/93 foi se mostrando inconveniente para certas ocasiões em que a administração pública necessitava de maior celeridade e economia processual. Assim, o Brasil verificou-se a necessidade de serem editados novos diplomas normativos, que conferissem à licitação um caráter mais dinâmico nos casos em que não compensaria seguir os trâmites previstos no estatuto geral ou em situações nas quais as disposições nele contidas se mostrassem insuficientes.

Esses novos diplomas contribuíram para modificar a visão da comunidade jurídica acerca do processo licitatório, colaborando para a reformulação da legislação que trata sobre o assunto, como será mostrado a seguir.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., p. 612.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al., p. 41.

⁴⁹ Ibidem, p.43 et seq.

2.4.2 Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995

O primeiro diploma legal no ordenamento jurídico brasileiro a tratar sobre licitações após a promulgação da Lei nº 8.666/93 foi a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços públicos, tendo sido editada para o cumprimento do quanto previsto no art. 175 da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de prestação direta ou indireta de serviços públicos⁵⁰.

A concessão é instituto mediante o qual o Estado delega a particulares o exercício de determinadas atividades a serem remuneradas pela cobrança de tarifas aos usuários, em condições fixadas pela administração pública, que por esta podem ser alteradas unilateralmente, no contexto de uma relação jurídica complexa⁵¹, firmada entre o poder público, que assume a figura do concedente, e o concessionário, a quem é atribuída a execução do serviço⁵².

Há ainda a figura da concessão de serviço precedida de obra pública, cujo traço característico consiste na execução de uma obra por parte do concessionário, cujo investimento é compensado pelo tempo de exploração do objeto contratual⁵³. Ademais, existem outras modalidades como a concessão para serviços de telecomunicações, tratada na Lei nº 9.472/97, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, constantes na Lei nº 11.079, que serão abordadas mais adiante.

De qualquer forma, a Administração não possui liberdade para a escolha do concessionário, já que para tanto, deve a lei fundamentar o ato administrativo pelo qual tal escolha seja realizada, sendo possível, de igual modo que exista diploma normativo que confira ao poder público a faculdade de conceder uma série de atividades, desde que expressamente indicadas no texto. Assim, preserva-se o princípio da legalidade ao qual se submete integralmente a atividade do administrador, sobretudo quando a administração pública decide delegar a

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 727 et seq.

⁵¹ Ibidem, p. 725 et seq.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 394.

⁵³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 383.

prestação de um serviço que, por sua natureza, o ordenamento reputou como tipicamente Estatal⁵⁴.

Além disso, a Carta Magna estabeleceu no caput do art. 175 a obrigatoriedade da licitação. Nesse sentido, a Lei nº 8.987/95 disciplinou o processo licitatório para as concessões, estabelecendo em seu art. 2º, incisos II e III a concorrência como a modalidade adequada para a outorga da atividade ao concessionário, admitindo o regime de exclusividade somente quando as peculiaridades técnicas ou econômicas do caso assim o impuserem, conforme estabelece o art. 16 da mesma Lei, que impõe que a justificativa seja expressa em ato administrativo previsto no art. 5º⁵⁵.

A licitação na concessão de serviços públicos reger-se-á pela Lei nº 8.666/93 naquilo que não vá de encontro com as disposições já estabelecidas sobre o assunto na Lei nº 8.987/95. Desta forma, o processo licitatório estará submetido aos princípios da igualdade entre os licitantes e ao princípio da impessoalidade. Destarte, inadmite-se que sejam feitas exigências além daquelas indispensáveis à consecução dos objetivos do procedimento, conforme dispõe o art. 37, XXI da Constituição Brasileira, sendo vedado, por exemplo, exigir-se que o participante tenha prévia experiência na execução de contratos como concessionário de serviço público⁵⁶.

O edital, por sua vez, deve além de obedecer aos requisitos do art. 18 da Lei nº 8.987/95, ter como anexo, a minuta do contrato, que trazendo o conteúdo básico do acordo, pode ser considerado como um contrato de adesão, já que cabe ao proponente aceitá-lo a fim de permanecer no certame⁵⁷.

No que tange ao julgamento das propostas, a lei de concessões estabeleceu o procedimento da inversão de fases, isto é, parte-se primeiramente à análise das ofertas e então, verificam-se os documentos de habilitação do vencedor, que caso apresente irregularidades, será dispensado e substituído pelo segundo colocado, e

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 738.

⁵⁵ Ibidem, idem.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 405.

⁵⁷ Ibidem, idem.

assim sucessivamente. Desta forma, o procedimento se torna mais veloz e, portanto, menos oneroso à máquina estatal⁵⁸.

Saliente-se que, apesar de a Lei nº 8.987 datar de 13 de fevereiro de 1995, a inversão da ordem prevista na Lei nº 8.666/93 para a realização das fases do procedimento licitatório foi admitida pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio a partir da Lei nº 10.520/2002, tendo sido tal possibilidade introduzida na Lei Geral de Concessões somente em 2005, pela redação dada através da Lei nº 11.196.

Na fase de julgamento, valoriza-se o licitante que apresente a menor tarifa a ser cobrada para a prestação do serviço, beneficiando, assim, o usuário. Porém, o critério se inverte quando a concessão preveja que o Estado efetue pagamentos ao concessionário, favorecendo o licitante que oferecer o maior preço. Todavia a lei considera a possibilidade de combinação das duas hipóteses⁵⁹.

Ao lado disso, o art. 15 traz incisos que estabelecem a técnica como critério de julgamento, prevendo em seu § 3º a desclassificação de ofertas que se mostrarem inexecutáveis ou que não guardarem compatibilidade financeira com os objetivos do contrato⁶⁰. Para tanto, deve o edital manifestar-se acerca dos parâmetros a serem obedecidos para a apresentação do conteúdo técnicos das propostas⁶¹.

Também são desclassificadas as ofertas daqueles proponentes que alegarem somente ser viável o negócio quando atendida necessidade de subsídio ou vantagem não prevista em lei e não concedidas aos demais participantes. Aqui, mais uma vez, o princípio da legalidade impõe sua força vinculante⁶².

Cumpra registrar que quaisquer que sejam os critérios adotados pela Administração, estes devem previamente constar no edital, sendo importante entender também que a lei traz um rol taxativo, estabelecendo os únicos critérios possíveis de serem utilizados em caso de concessão de serviço público⁶³.

⁵⁸ Ibidem, idem.

⁵⁹ Ibidem, p. 406.

⁶⁰ Ibidem, idem.

⁶¹ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 438.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 406.

⁶³ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 438.

Já a permissão de serviço público não guarda muitas diferenças para com o regime de concessão, pois ao longo do tempo o ordenamento jurídico modificou-se de tal forma que, atualmente, ao abordar os dois institutos, praticamente mitigou os aspectos distintivos de cada figura. Deste modo, tornou-se cada vez mais difícil para a doutrina estabelecer diferenças conceituais entre as duas modalidades de outorga de atividades originariamente estatais⁶⁴.

Contudo, resta na Lei nº 8.987 dois aspectos capazes de distinguir o serviço concedido do serviço permitido⁶⁵. A primeira delas se deve ao fato de que a concessão tem seu processo licitatório voltado para consórcios de empresas e pessoas jurídicas, enquanto que a permissão pode ser outorgada a pessoas jurídicas e a pessoas físicas. Outro ponto distintivo é que a concessão se destina à delegação da prestação de serviços por um longo período de tempo, sendo que na permissão é curto o período durante o qual o particular exerce a atividade outorgada⁶⁶.

Sendo tão poucas as diferenças entre os dois institutos, ocorre que a maioria das normas que regem a concessão de serviços públicos torna-se compatível com a figura do serviço permitido. Desta forma, as duas modalidades de delegação de serviços públicos regem-se em grande parte pelos mesmos dispositivos normativos, compartilhando, inclusive, do mesmo regime licitatório⁶⁷.

Tem-se, ainda, a Lei nº 9.074/95, que, apesar de ter como principal objetivo trazer normas específicas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos, trouxe em seu bojo alguns dispositivos versando sobre normas gerais de licitações, das quais destacam-se o art. 20 e o art. 27.

2.4.3 Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997

A Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997 surgiu para dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, criando uma agência reguladora para tal fito,

⁶⁴ MEDAUAR, Odete., op. cit., p. 390.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 442.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete., op. cit., p. 390.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 448.

qual seja, Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Nesse passo, em seu art. 54, parágrafo único, criou nova modalidade licitatória, denominada “consulta”, que junto com o pregão seria aplicável nos casos para além das contratações de obras e serviços de engenharia civil, regidos pela Lei nº 8.666/93⁶⁸.

Logo, o pregão e a consulta tornaram-se os principais regimes licitatórios aplicados no âmbito da Anatel, sendo esta última modalidade invocada quando o certame licitatório não envolver os bens e serviços tipificados nos artigos 56 e 57 da Lei da Anatel⁶⁹.

No art. 55, a Lei nº 9.472/97 estabelece que a própria Agência disciplinará a consulta, o que foi feito através da Resolução nº 5 de 15 de janeiro de 1998, o qual aprovou o Regulamento de Contratações da Anatel, que em seu art. 15 definiu a referida modalidade como aquela em que “ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns”. Em seguida, no parágrafo único conceitua bens ou serviços não comuns como “insuscetíveis de comparação direta, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação”.⁷⁰

Com isso, é possível determinar que a consulta enquanto modalidade de licitação se assemelha ao convite em sua essência, diferindo deste por não se restringir aos contratos de pequeno valor e por ter o número mínimo de convidados igual a cinco, enquanto que o convite exige o mínimo de apenas três convidados e é aplicado a casos em que os valores envolvidos possuem menor grandeza. Além disso, a consulta possui um aspecto diferenciado em relação às demais modalidades, pois a comissão de licitação é chamada de “júri”, sem qualquer justificativa legal aparente⁷¹.

Ocorre que a Constituição Federal, como anteriormente abordado, definiu competência privativa à União, através de seu Poder Legislativo, para legislar sobre normas gerais de licitações. Outrossim, o art. 68, ao disciplinar a delegação

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 182.

⁶⁹ Ibidem, p. 184.

⁷⁰ Ibidem, p. 585.

⁷¹ Ibidem, idem.

legislativa, determinou que esta é solicitada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, que elaborará o novo diploma. Em seguida, a lei elaborada sob tal delegação é remetida ao Congresso, que irá especificar seu conteúdo bem como as formas de exercício e passa a ter forma de resolução⁷².

Como se percebe, a modalidade denominada consulta não ingressou no ordenamento jurídico brasileiro mediante atividade do Poder Legislativo, o que poderia ser pensado como um caso de delegação. Entretanto, o legislador delegado, ao contrário de ter sido o chefe do Poder Executivo Nacional, foi uma autarquia, que, através de um ato normativo subalterno — no caso, um anexo de uma resolução interna —, quis inovar à ordem jurídica disciplinando a consulta enquanto procedimento licitatório⁷³.

Não obstante o impasse constitucional, o legislador reconheceu e acatou o ocorrido e, através da Lei nº 9.986 de 18 de julho de 2000, expandiu para as demais agências reguladoras a possibilidade de praticarem o procedimento da consulta nas licitações que promoverem⁷⁴.

2.4.4 Decreto nº 2.745 de 24 de agosto de 1998

A Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, dispôs em seu art. 67 que os contratos celebrados pela Petróleo Brasileiro S.A. seriam precedidos de processo licitatório simplificado, a ser regulado em decreto do Presidente da República. Assim, editou-se o Decreto nº 2.745 de 24 de agosto de 1998, que aprovou o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobras⁷⁵.

Acontece que o art. 173, § 1º, inciso III da Constituição Federal já havia determinado que o regime licitatório das empresas públicas fosse objeto de lei que estabelecesse o estatuto jurídico de tais entidades. Desta forma, o Decreto nº 2.745/98 só poderia ter validade depois de promulgado o referido estatuto, o que motivou o Tribunal de Contas da União a considera-lo inconstitucional, determinando

⁷² Ibidem, p. 572.

⁷³ Ibidem, idem.

⁷⁴ Ibidem, p. 184.

⁷⁵ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 500.

à Petrobras que se submetesse integralmente à Lei nº 8.666/93, mediante a Decisão 633/2002⁷⁶. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal emitiu entendimento favorável e permitiu que o Decreto nº 2.745/98 continuasse a ser aplicado (MS 27.837 e MS 27.796)⁷⁷.

Outrossim, recentemente foi promulgada a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, dispondo sobre o estatuto jurídico da empresa pública, que trouxe alguns dispositivos versando sobre licitações e contratos e revogou o art. 67 da Lei nº 9.478/97, deixando ainda vigente Decreto nº 2.745/98.

2.4.5 Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002

Em que pese a Lei nº 8.666/93 ter vedado, em seu art. 22, § 8º, a utilização de outras modalidades licitatórias além daquelas compreendidas nos incisos do *caput* daquele artigo, o Poder Executivo evadiu-se do óbice legal e, conforme abordado acima, previu no parágrafo único do art. 54 da Lei nº 9.472/97 a modalidade denominada “pregão”. Tal modalidade, ao contrário do previsto no art. 55 da Lei da Anatel, foi delineada na Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que limitou a adoção do procedimento à esfera federal⁷⁸.

Nesse contexto, surge a Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, que convalidou a referida Medida Provisória, ao abordar o pregão em seu texto, por sanar o vício constitucional de se ter normas gerais sobre licitações tratadas em ato normativo diverso de lei⁷⁹. Desse modo, pode-se considerar que foi a Lei nº 10.520/2002 o diploma que de fato criou o pregão, justamente por trazer essa nova modalidade obedecendo as formalidades previstas no ordenamento para finalidade de tal natureza⁸⁰.

⁷⁶ Ibidem, idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 561.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 572.

⁷⁹ Ibidem, idem.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., p. 507.

Além disso, a Lei nº 10.520/2002 estendeu o pregão aos Estados, Municípios e distrito Federal, transformando em nacional um procedimento que antes estava adstrito ao âmbito federal⁸¹.

Com isso, o pregão surge enquanto modalidade destinada à contratação de bens e serviços comuns, que são aqueles cujas especificações possam ser indicadas no edital de acordo com a prática usual do mercado, podendo ser fornecidos por qualquer fornecedor com qualidade suficiente⁸².

O pregão é caracterizado por selecionar o participante que oferecer o menor preço, considerando como tão mais vantajosa quanto menos onerosa for a proposta, sendo as ofertas lançadas em um primeiro momento, após o qual inicia-se uma disputa vencida pelo licitante que, após lances sucessivos, conseguir manter o preço mais baixo que os demais⁸³.

O pregão também pode ser realizado eletronicamente, usando dos recursos propiciados pela tecnologia da informação para a promoção do certame licitatório em ambiente virtual. Desta forma, é dispensada a presença física dos participantes, pois todo o processo é viabilizado pela comunicação através da rede mundial de computadores, sendo tal procedimento, inclusive, estabelecido como preferencial, nos termos do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta a Lei nº 10.520/2002⁸⁴.

Outro traço marcante do pregão é a inversão de fases, posteriormente inserida na Lei nº 8.987/95 pela Lei nº 11.196/05. Desta forma, somente depois que o proponente se classifica oferecendo o menor lance é que se procede à verificação de sua regularidade documental, fazendo com que o certame licitatório ocorra de maneira relativamente mais célere⁸⁵.

⁸¹ MEDAUAR, Odete., op. cit., p. 227.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., p. 507.

⁸³ Ibidem, p. 508.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 356.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., p. 508.

2.4.6 Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004

A Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 se propõe a estabelecer normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, objetivo este delineado em linhas claras já no seu art. 1º⁸⁶.

A parceria público-privada consiste em um contrato mediante o qual a administração pública transfere a terceiros a execução de atividades ou a prestação de serviços públicos que demandam alto nível de investimento⁸⁷. Com isso, a Administração e os particulares envolvidos firmam compromisso em longo prazo⁸⁸, compartilhando entre si os riscos e os encargos financeiros do empreendimento⁸⁹.

Podendo ser estabelecida em duas modalidades, a parceria público-privada é conceituada como contrato de concessão especial que subdivide-se em concessão patrocinada e concessão administrativa.

A concessão patrocinada é aquela que prevê, além da remuneração mediante tarifa paga pelos usuários, a contraprestação pecuniária do poder público⁹⁰. Já na concessão administrativa a própria administração pública será a usuária do serviço prestado, cabendo ao particular executar uma atividade cujo resultado será aproveitado pelo ente estatal para a prestação do serviço público⁹¹.

Como todo contrato administrativo em regra é precedido de licitação⁹², a Lei nº 11.079/2004 veio para disciplinar o procedimento licitatório que antecede a contratação no âmbito da parceria público-privada, delineando normas gerais de aplicação primária, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 8.666/93⁹³.

Por dispor sobre normas gerais, cujo âmbito de incidência não se restringe à União, os Estados e Municípios que porventura já tiverem legislado sobre licitações

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.352.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 392.

⁸⁸ Ibidem, idem

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 454.

⁹⁰ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 392.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p.359.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 281.

⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 468.

e contratos de parcerias público-privadas, deverão adaptar suas respectivas legislações no que tange aos assuntos abordados pela Lei nº 11.079/2004. Processo de adaptação bastante facilitado, tendo em vista que a Lei, em seu Capítulo IV separa os dispositivos aplicáveis apenas à União, cuja matéria ali compreendida poderá ser legislada de forma diversa pelos demais entes da federação, em consonância com o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal⁹⁴. O Estado da Bahia, por exemplo, editou a Lei nº 9.290, também em 2004, tratando de normas sobre parcerias público-privadas, com previsões específicas para a realidade baiana.

Dentre as normas gerais, está o art. 10, que define a concorrência como modalidade exclusiva a reger a licitação na parceria público-privada, observando o quanto disposto na Lei nº 8.666/93 para tal modalidade⁹⁵. Ademais, o art. 10 determina uma série de pré-requisitos a serem observados antes da abertura do certame, exigindo autorização fundamentada pela autoridade competente, cumprimento da lei de Responsabilidade Fiscal, minuta do edital e do contrato submetidas a consulta pública e licença ambiental, caso pertinente ao objeto do contrato⁹⁶.

Além disso, antes de se iniciar o procedimento licitatório, é preciso que o objeto a ser contratado esteja previsto no plano plurianual vigente na esfera governamental considerada⁹⁷ e que, em se tratando de concessão patrocinada em que o poder estatal se comprometa a arcar com mais de 70% do valor do empreendimento, se faz necessário autorização prevista em diploma legal específico⁹⁸. Assentadas tais premissas, o processo licitatório está apto para ser realizado com vistas à escolha do parceiro privado mais preparado para acordar com a Administração.

Um dos aspectos mais notáveis do processo licitatório previsto na Lei nº 11.079/2004 é a possibilidade do poder licitante aferir a qualidade técnica das propostas apresentadas a fim de promover a eliminação de plano daqueles

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p.352.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 807.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 364.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 807.

⁹⁸ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 393.

candidatos que não satisfaçam minimamente o quanto exigido no instrumento convocatório.

Dos proponentes avaliados como capazes de ao menos corresponderem às expectativas técnicas exigidas para o certame, a Administração promove o julgamento valendo-se, além dos critérios já previstos nos incisos I a V do art. 15 da Lei nº 8.987/95, dos critérios previstos no art. 12, II, alíneas “a” e “b” da Lei 11.079/2004, considerando tanto melhor a proposta quanto menor o valor da contraprestação do parceiro público, ou combinando este critério com o de melhor técnica. De fato, todos esses critérios podem ser utilizados para a escolha do parceiro privado desde que o resultado seja devidamente motivado, obedecendo às disposições contidas no edital⁹⁹.

Ao lado disso, tem-se que, ao redigir a Lei nº 11.079/2004, o legislador, tal como fez na lei geral das concessões e na Lei nº 10.520/2002, optou por consagrar a figura da inversão de fases que, ao contrário do que foi estabelecido para o procedimento do pregão, o julgamento das propostas antes da habilitação dos licitantes ficou previsto como uma faculdade do poder concedente, sujeita à análise discricionária do administrador¹⁰⁰.

Escolhido o parceiro privado, antes de ser celebrado o contrato com a Administração, este deve constituir uma sociedade de propósito específico, que, com personalidade jurídica própria, terá melhor autonomia jurídica e administrativa para gerenciar a execução do objeto contratual¹⁰¹.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 472.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p.369.

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 393.

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

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 2011¹⁰². 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 Paralímpicos¹⁰³. 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 eventos¹⁰⁴.

Desta forma, nota-se que o RDC, embora a Lei nº 12.462/2011 não dispusesse expressamente nesse sentido, foi concebido para ter aplicação temporária¹⁰⁵, 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 exíguo¹⁰⁶.

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 Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e à 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

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 458.

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 304.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 491.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 466.

urbana, dentre tantas outras ocasiões, previstas ao longo do art. 1º da Lei nº 12.462/2011¹⁰⁷.

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 brasileira¹⁰⁸.

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 10.520/2002¹⁰⁹. 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 Licitações¹¹⁰.

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 contidas na Lei nº 8.666/93. Entretanto, o mesmo dispositivo ressalva que a lei possui disposições que conservam tais normas mesmo nas licitações conduzidas sob o Regime Diferenciado¹¹¹.

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

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 309.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 310.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit., p. 500.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹¹¹ Ibidem, p. 373.

a Lei do RDC¹¹². 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 geral¹¹³.

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 Lei¹¹⁴.

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 sustentável¹¹⁵.

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 discordante¹¹⁶. 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 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 8.666/93¹¹⁷.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 365.

¹¹³ Ibidem, idem.

¹¹⁴ Ibidem, p. 445.

¹¹⁵ Ibidem, p. 446.

¹¹⁶ Ibidem, p. 448.

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

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 excepcional¹¹⁸ 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 anteriormente¹¹⁹.

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 8.666¹²⁰.

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

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹¹⁹ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 764.

¹²⁰ Ibidem, idem.

processamento da licitação em ambiente eletrônico foi estabelecido como forma preferencial de se promover o processo¹²¹.

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 social¹²². Nesse sentido, o art. 4º, § 1º da Lei nº 12.462/2011 traz em seu bojo a importância da preservação do meio-ambiente¹²³.

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 deficiência¹²⁴.

Mesmo que tais normas tenham sido inseridas na Lei nº 8.666/93 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 serviços¹²⁵.

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 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 administrativos¹²⁶.

¹²¹ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 252.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 427 et seq.

¹²³ Ibidem, op. cit., p. 429.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit. p. 534 et seq.

¹²⁵ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 762.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 427.

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 julgamento¹²⁷.

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 fases¹²⁸.

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, § 6º¹²⁹.

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 inconveniência ou quando demonstrada inoportuna a licitação. Ademais, pode a autoridade julgadora do recurso adjudicar o objeto e homologar o procedimento licitatório¹³⁰. Nesse aspecto, o RDC, mais uma vez, se assemelha à Lei nº 8.666/93, precisamente ao seu art. 109, § 4º¹³¹.

¹²⁷ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 255.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 459.

¹²⁹ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 766.

¹³⁰ Ibidem, idem.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 459.

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 processuais¹³².

¹³² 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 internacionais¹³³. 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 circunstâncias¹³⁴.

Com isso, é mister saber que, diante de tamanha peculiaridade, o Regime Diferenciado de Contratações deve ter sua interpretação e aplicação sempre balizadas pelas regras constitucionais e, sobretudo, pelos princípios levantados pela Lei Maior¹³⁵.

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 constitucionais¹³⁶.

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, configurando substancial polêmica com a qual se defronta a comunidade jurídica no

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 364.

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 373.

¹³⁵ Ibidem, idem.

¹³⁶ Ibidem, p. 374.

estudo do ordenamento brasileiro no que tange a licitações e contratos no âmbito da administração pública¹³⁷.

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 licitatório¹³⁸.

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 orçamento¹³⁹.

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 certame¹⁴⁰.

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”¹⁴¹.

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

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹³⁸ Ibidem, p. 306.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 375.

¹⁴⁰ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 762.

¹⁴¹ Ibidem, p. 763.

efetiva garantia de que tal perigo realmente seja afastado, podendo provocar, inclusive, efeito contrário ao almejado¹⁴².

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 publicidade¹⁴³.

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 controle¹⁴⁴.

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

¹⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹⁴³ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 251.

¹⁴⁴ 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 básico¹⁴⁵.

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 serviço¹⁴⁶.

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 engenharia¹⁴⁷, 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 12.462/2011¹⁴⁸.

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 serviço¹⁴⁹.

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

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ Ibidem, idem.

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 251.

¹⁴⁸ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 763.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 366.

termos aditivos, salvo na hipótese de ocorrido caso fortuito ou força maior que implique desequilíbrio econômico-financeiro¹⁵⁰.

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 sofrer¹⁵¹.

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 RDC¹⁵².

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 contratual¹⁵³.

4.3 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

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

¹⁵⁰ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 764.

¹⁵¹ Ibidem, idem.

¹⁵² 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.

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

perante critérios avaliativos que podem envolver qualidade, cumprimento de prazos e sustentabilidade ambiental¹⁵⁴.

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 ambiental¹⁵⁵.

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 225¹⁵⁶.

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 estabeleça metas e uma escala que determine os níveis de qualidade em função do valor remunerado¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes., op. cit., p. 376.

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹⁵⁶ Ibidem, idem.

¹⁵⁷ 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.

4.4 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 figurar no texto da referida Medida provisória através de emenda parlamentar, originando a Lei nº 12.462/2011¹⁵⁸.

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,

¹⁵⁸ 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.

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 normativa¹⁵⁹.

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 consolidado¹⁶⁰.

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 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 República¹⁶¹.

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 tema¹⁶².

Outra característica do Regime Diferenciado de Contratações questionada pelo Ministério público federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4655 é a

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 29.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁶² SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos, op. cit., p. 35.

possibilidade de realização do procedimento auxiliar ao processo licitatório denominado pré-qualificação permanente¹⁶³.

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 pública¹⁶⁴.

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 qualificação técnica, objetivando uma licitação individualmente considerada, cujas peculiaridades tornem recomendáveis o uso desta ferramenta legal¹⁶⁵.

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”¹⁶⁶.

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 RDC¹⁶⁷.

¹⁶³ MEDAUAR, Odete., op. cit. p. 256.

¹⁶⁴ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 767.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., op. cit., p. 461.

¹⁶⁶ Ibidem, idem.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 462.

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 público¹⁶⁸.

O Ministério Público Federal afirma na ADI 4655 que a pré-qualificação permanente, ao alijar das licitações aqueles que não foram selecionados pelo procedimento prévio, além de romper com o princípio da isonomia, torna por transgredir também o princípio da impessoalidade¹⁶⁹. 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 acelerar o processo licitatório e buscar a contratação que melhor satisfaça o interesse público¹⁷⁰.

Noutro giro, pode-se dizer que é difícil identificar em qualquer ordenamento jurídico a existência de princípios absolutos, o que implica no fato de quem em muitas situações um princípio pode deixar de ser aplicado em função de outro¹⁷¹. 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 exigentes¹⁷².

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

¹⁶⁸ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos., op. cit., p. 47.

¹⁶⁹ Ibidem, idem.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 62.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Baden-Baden. 4 ed. 2001. p. 94-97

¹⁷² SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos., op. cit., p. 63.

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.

4.5 PERSPECTIVAS PARA AS LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PROJETO DE LEI Nº 559/2013

O desgaste sofrido pela Lei nº 8.666/93 é notável diante dos diversos diplomas normativos versando sobre licitações e contratos que surgiram após sua promulgação. Nesse passo, as leis e decretos posteriores ao regime geral de licitações mostram uma tentativa de driblar alguns aspectos de Lei nº 8.666/93 que mostravam-se como entraves às licitações públicas dentro de determinadas circunstâncias, sem contudo inserirem modificações profundas ao próprio regime geral de licitações ainda vigente.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 12.462/2011, que, diante da iminência da Copa das Confederações, da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos, foi concebida como um regime licitatório com o fito de trazer às licitações e contratos inseridos no âmbito de tais eventos a celeridade que à época se requeria. Justamente por tais circunstâncias, o texto da referida Lei é marcado por diversas inconsistências de forma a suscitar polêmica na doutrina e ter sua constitucionalidade questionada pelo Ministério Público Federal.

Além disso, por ter sido a Lei nº 12.462/2011 projetada para acelerar as contratações no âmbito dos grandes eventos esportivos internacionais, decorre que muitos de seus dispositivos foram pensados para serem aplicados de forma limitada no tempo¹⁷³. Com isso, o legislador desprezou a análise dos efeitos a longo prazo no ordenamento jurídico das disposições ali previstas. Não obstante, o Regime Diferenciado de Contratações, instituído pela referida Lei foi ampliado sem considerar este problema e passou a desfrutar de elevada notoriedade perante a

¹⁷³ GASPARINI, Diógenes., op. cit., p. 761.

comunidade jurídica, a ponto de ser considerado por muitos como futuro substituto da Lei nº 8.666/93¹⁷⁴.

Nesse cenário desafiador, sobrevém o Projeto de Lei nº 559/2013, já aprovado pelo Senado Federal, como uma proposta de reformulação do tratamento atualmente dispensado ao assunto das licitações e dos contratos administrativos no Brasil. Tal projeto prevê a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei 10.520/2002, e do art. 1º ao art. 47 da Lei nº 12.462/2011, propondo-se a servir como nova base normativa a orientar o processo de licitação e contratação na administração pública brasileira¹⁷⁵.

De fato, a modernização da Lei Nacional de Licitações é assunto antigo e recorrente na doutrina administrativa brasileira, justamente pela crescente inadequação desta à realidade dinâmica das contratações públicas. Contudo, as insuficiências da abordagem normativa atual dispensada ao processo licitatório chegaram ao limite diante das circunstâncias econômicas vividas pelo país. Desta forma, a reformulação do regime geral de licitações é fator determinante para o desentrelaçamento das relações produtivas entre entes públicos e agentes privados. Assim, o Projeto de Lei nº 559/2013 insere-se em uma das tentativas de alavancar o crescimento econômico do país em sua tentativa de superar a atual crise vivenciada pela sociedade brasileira¹⁷⁶.

Tal como a Lei nº 8.666/93 e a lei nº 12.462/2011, o Projeto de Lei nº 559/2013 visa estabelecer “normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, conforme a redação do seu art. 1º.

Dentre tais normas gerais, destaca-se o artigo que estabelece como modalidades de licitação o pregão, a concorrência, o leilão o convite e o diálogo

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 305.

¹⁷⁵ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.º 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115926>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹⁷⁶ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Comentários ao PLS nº 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Fórum, 2017. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/01/modernizacao-e-atualizacao-da-Lei-de-Licitacoes-e-Contratos.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

competitivo. Esta última modalidade constitui-se como uma das maiores inovações oferecidas pelo Projeto.

O diálogo competitivo destina-se a licitações cuja complexidade do objeto não é contemplada pelo nível de conhecimento de que dispõem os órgãos ou entidades licitantes, seja pelo aspecto estritamente técnico, financeiro ou jurídico. Com isso, tais entes recorrem aos próprios participantes, selecionados previamente para, através de um diálogo, desenvolver soluções capazes de suprir as necessidades da administração pública¹⁷⁷.

Uma crítica que pode ser feita ao diálogo competitivo é que ele poderia servir como forma de o poder licitante eximir-se da busca pela qualificação necessária para lidar com objetos contratuais complexos, incorrendo em conduta negligente com relação ao dever de aprimorar sua capacidade gerencial. Porém tal hipótese pode ser afastada a partir da observância do quanto disposto no art. 29 do Projeto de Lei nº 559/2013, que restringe as hipóteses de aplicação da nova modalidade àquelas situações nas quais a complexidade seja intrínseca ao próprio objeto, evitando que o diálogo competitivo seja usado para contornar as deficiências administrativas do poder licitante¹⁷⁸.

Com isso, há participação dos próprios participantes do processo licitatório no processo de definição dos aspectos mais detalhados do próprio objeto a ser contratado. Além disso, o art. 29, em seu § 1º, ao tratar das nuances procedimentais do diálogo competitivo, mostra que, em essência, a contratação integrada, tal como no RDC, também está presente no novo regime geral de licitações, uma vez que conforme o referido dispositivo legal, a Administração limitar-se-á a declarar suas necessidades e exigências de um modo geral. Ademais, a pré-qualificação é também contemplada pelo Projeto como forma de selecionar aqueles que irão participar do procedimento licitatório regido pela nova modalidade¹⁷⁹.

Ainda com relação às modalidades previstas para o novo regime geral de licitações, outra novidade é que o Projeto de Lei 559/2013 deixou de prever como critério de adoção o valor do objeto a ser licitado para as modalidades licitatórias

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

tradicionais. Entretanto, para a modalidade convite estabeleceu-se que esta seria aplicável para licitações cujo objeto não ultrapasse o valor de 150 mil reais, fornecendo elementos à antiga discussão referente à distinção entre normas gerais e normas especiais restritas à União, bem como a questionamentos envolvendo a constitucionalidade do novo regime, sob alegação desta violar a autonomia legislativa dos entes federados¹⁸⁰.

Outra polêmica que permanece viva no projeto da nova lei nacional de licitações, refere-se ao orçamento sigiloso e seu possível conflito com o princípio da publicidade, problemática já abordada anteriormente, no tratamento do RDC. Contudo, no caso do Projeto de Lei nº 559/2013, um novo elemento é acrescentado à discussão, tendo em vista que a possibilidade de previsão do sigilo orçamentário no instrumento convocatório foi ampliada para todas as modalidades licitatórias previstas, aumentando a importância e a dimensão do debate¹⁸¹.

Ante o exposto, verifica-se que o Projeto de Lei nº 559/2013 mantém alguns pontos controvertidos, presentes em legislações anteriores, o que pode vir a dificultar sua aplicação e interpretação. Contudo, o referido projeto representa um grande avanço na área da legislação sobre licitações e contratos administrativos, pois consolida em uma única lei práticas e entendimentos já consagrados, caminhando rumo à superação de antigos impasses oriundos da legislação ainda em vigor¹⁸².

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ MELO, Luciano Rocha de. *A publicidade e a transparência em face do sigilo orçamentário previsto no regime diferenciado de contratações públicas e no projeto de lei n.º 559/2013 do Senado Federal*. Brasília: Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5962/1/20657783.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁸² BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes., op cit.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho o autor buscou fazer uma abordagem crítica à temática das licitações públicas no Brasil com enfoque no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, marco legislativo ousado no referido âmbito, que tornou por firmar tendências e concepções há muito defendidas por muitos administrativistas brasileiros.

Para tanto, foi preciso situar o leitor no contexto jurídico-administrativo no qual se deu o novo regime de licitações. Desta forma, buscou-se traçar um panorama geral do tratamento normativo dispensado às licitações e contratações no âmbito da administração pública brasileira.

Inicialmente, o autor buscou proceder a uma breve retrospectiva histórica sobre o assunto, para então poder abordar de forma contextualizada o regime geral de licitações instituído pela Lei nº 8.666/93, ainda em vigor. Nesse passo, da análise do aludido regime, concluiu-se que, apesar de a Lei nº 8.666/93 ter sido um grande símbolo do esforço do legislador brasileiro em disciplinar o processo licitatório com a profundidade que se requer, o regime geral de licitações com tempo mostrou-se incompatível com diversas situações em que a Administração necessitava de um procedimento mais ágil para licitar certos objetos. Objetos estes cujas peculiaridades tornavam o regramento da Lei nº 8.666/93 um verdadeiro entrave ao processo licitatório, quando seria efeito oposto o esperado.

Com isso, o presente trabalho almejou em sua sequência, mostrar que o excesso de formalismo da Lei nº 8.666/93 forçou o legislador a formular diversos outros diplomas normativos versando sobre licitações e contratos, sem contar as diversas emendas ao texto do estatuto geral de licitações. Assim, o partiu-se para a abordagem das características mais importantes de cada um dos referidos diplomas, os quais inspiraram a redação progressista da Lei do Regime Diferenciado de Contratações.

Em respostas aos anseios da administração pública e da doutrina administrativista nacional, o ensejo da realização no Brasil da Copa das Confederações, da Copa do Mundo FIFA de 2014, dos Jogos Olímpicos e dos Jogos Paralímpicos de 2016, é redigida em passo acelerado a Lei nº 12.462/2011, que

regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011, instaurou o Regime Diferenciado de Contratações. O novo regime, junto com outros diplomas legais anteriormente editados, contribuiu para tornar ainda mais restrita a aplicação do dito regime geral da Lei nº 8.666/93.

Considerando a importância do Regime Diferenciado de Contratações e as circunstâncias nas quais o mesmo foi editado, o presente estudo buscou mostrar seus aspectos mais importantes, com destaque para as principais inovações e, principalmente tratou de indicar os pontos capazes de serem objeto de debate por suscitarem controvérsias de ordem hermenêutica, prática e dogmática.

Ao realizar a mencionada abordagem, o autor, sempre que possível, tentou apontar atalhos para tornar possível extrair a interpretação mais correta das disposições controversas da Lei nº 12.462/2011 e de seu Regulamento. Nesse passo, o estudo procura assumir uma perspectiva construtiva com relação aos aspectos polêmicos do regime diferenciado, mostrando que muitas de suas controvérsias podem ser superadas.

Mesmo diante das hipóteses de violação às disposições constitucionais levantadas pelo Procurador-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655, conclui-se pela possibilidade de que tais impasses sejam contornados e que assim, o novo regime possa ser aplicado com aproveitamento pela administração pública.

Por fim, o projeto de Lei nº 559/2013 mostra-se uma grande oportunidade de promover um alinhamento entre a legislação que disciplina as licitações e contratações públicas com o que há de mais moderno, tanto a nível prático quanto a nível teórico, em âmbito nacional e internacional, no que tange à busca pela eficiência e por melhores resultados no grande desafio de gerenciamento da máquina estatal. Outrossim, ao tratar do mesmo projeto de Lei, o estudo apontou que muitas de suas disposições guardam identidade com o quanto trazido pelo Regime Diferenciado da Lei nº 12.462/2011, até mesmo o que se refere aos seus aspectos polêmicos, o que revela a dimensão e o impacto trazido à ordem jurídica com o advento de tal regime.

Desta forma, o trabalho mostra a urgência e a necessidade sentida pela administração pública e pela sociedade brasileira em reformular a legislação que

disciplina os processos licitatórios no Brasil. Portanto é necessário tornar o debate o mais amplo e produtivo possível, através de um diálogo interdisciplinar, que possa orientar o legislador na árdua tarefa de regular o intrincado jogo que se desenrola nas licitações públicas do país, com vistas à satisfação do interesse público e ao melhor aproveitamento dos recursos estatais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Baden-Baden. 4 ed. 2001.

BARBOSA, Glauber de Castro. Processo licitatório no Brasil: evolução normativa. *Revista Ciências Sociais em Perspectiva*, Cascavel-PR, v. 8, n. 15, p. 150, 2009.2. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/download/2330/3161>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Comentários ao PLS nº 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Fórum, 2017. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/01/modernizacao-e-atualizacao-da-Lei-de-Licitacoes-e-Contratos.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BAHIA. Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia - PPP Bahia e dá outras providências. PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, em 27 de dezembro de 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição brasileira, 1988. Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas por todas as Emendas Constitucionais. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 out. 1997.

_____. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 ago. 2005.

_____. Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 2011.

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

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

_____. Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 1995.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 1997.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 jul. 2002.

_____. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

_____. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei no 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei no 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória no 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei no 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nos 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 nov. 2005.

_____. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa

Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 ago. 2011.

_____. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 jul. 2016.

_____. *Projeto de Lei do Senado n.º 559, de 2013. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115926>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 927-3/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 11/11/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4655 MC/DF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 09 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

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

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.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000

DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das licitações na administração pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELO, Luciano Rocha de. *A publicidade e a transparência em face do sigilo orçamentário previsto no regime diferenciado de contratações públicas e no projeto de lei n.º 559/2013 do Senado Federal*. Brasília: Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5962/1/20657783.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

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. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10942/1/2015_MarcelPereira.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.

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.

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. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10363/Gabriella%20Marques%20de%20Azevedo%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.