



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

PAULO DE TARSO FIÚZA DE PINHO JÚNIOR

**UMA ANÁLISE ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES**

Fortaleza
2014

PAULO DE TARSO FIÚZA DE PINHO JÚNIOR

**UMA ANÁLISE ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES**

Monografia submetida à Coordenação da
Faculdade de Direito, da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador(a): Profa. Dra. Raquel
Cavalcanti Ramos Machado

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- P654u Pinho Júnior, Paulo de Tarso Fiúza de.
 Uma análise acerca do regime diferenciado de contratações / Paulo de Tarso Fiúza de Pinho Júnior. – 2014.
 77 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Direito Administrativo.
 Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.
1. Licitação pública - Brasil. 2. Contrato público - Brasil. 3. Copas do mundo (Futebol). 4. Administração pública - Brasil. I. Machado, Raquel Cavalcanti Ramos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

PAULO DE TARSO FIÚZA DE PINHO JÚNIOR

UMA ANÁLISE ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Vanessa Gomes Leite
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Camile Araújo de Figueiredo
Universidade Federal do Ceará – UFC

A Deus, porque, sem Ele, impossível
lograr êxito em meus objetivos.

Aos meus pais, Isabel e Paulo, pelo amor
e dedicação, imprescindíveis nesta
caminhada.

A meu irmão, Matheus, pelo
companheirismo e amizade sempre
dispensados quando precisei.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Raquel Cavalcanti Ramos Machado, por ter aceitado me orientar neste árduo trabalho, engrandecendo-a pelo respeito e admiração profissional que cultivei pela sua pessoa.

As Mestrandas Vanessa Gomes Leite e Camile Araújo de Figueiredo, por terem aceitado, de pronto, o convite para compor tão qualificada banca examinadora.

À minha família, de sangue ou não, aos meus pais, avós, tios, primos e agregados, pelo carinho e pela torcida sempre positiva.

À Fundação de Desenvolvimento Habitacional de Fortaleza – HABITAFOR, ao Escritório Cleto Gomes Advogados Associados e à 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em nomes da Dra. Ana Paula Conde, da Dra. Alessandra Celedônio, da Dra. Gláucia Hansen, do Dr. André Salgueiro e do Dr. Desembargador Francisco Gladysson Pontes.

Aos demais colegas de trabalho, com os quais muito pude aprender e compartilhar vitórias durante esta etapa.

Aos amigos que cultivei na faculdade, em especial Ana Carolina Lucena, Gustavo Oliveira, Jonas Freire, Lívio Feitosa, Lucas Machado, Matheus Machado, Thales Oliveira, Thais Fonteles, Tiago Mello e os demais da turma 2014.1, que tornavam mais prazerosas as idas à faculdade.

Aos amigos de longa data, em especial a Tayana Leandro, Francisco Arkayan, João Pedro, Lívio Sales, Mikaelly Maia, Pedro Neto e Vanessa Almeida, pela sincera amizade solidificada durante esses anos.

E a todos aqueles que, de alguma forma, me acompanharam nesta vitória.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou o que era antes”. (Marthin Luther King)

RESUMO

Este trabalho cuida do Regime Diferenciado de Contratações, procedimento especial de licitação público, criado, originariamente, para viabilizar a execução das obras e serviços pertinentes à Copa das Confederações do 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Analisar-se-á, primeiramente, o regime geral de licitações e as características basilares do RDC (princípios, diretrizes e objetivos). Posteriormente, será detalhado pormenorizadamente o certame em si, discorrendo acerca de suas principais inovações. Por fim, tratar-se-á das principais questões controvertidas acerca do RDC, discorrendo, inclusive, acerca das Ações Diretas de Inconstitucionalidades ajuizadas para discutir a (in) constitucionalidade de dispositivos concernentes inerentes ao procedimento.

Palavras-chaves: Licitações. Contratações públicas. Copa das Confederações. Copa do Mundo. Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. Regime Diferenciado de Contratações. Inovações. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This work takes care of Contractual Differentiated Regime, special procedure for public bidding, created originally to enable the execution of works and relevant to the Confederations Cup in 2013 services, World Cup and 2014 Olympic and Paralympic Games in 2016. Analyze-will be, first, the general scheme of bidding and basic characteristics of CDR (principles, guidelines and objectives). Subsequently, the fair will be described in detail in itself, talking about their main innovations. Finally, we will treat itself of major controversial issues about the CDR, talking even about the Direct Actions of Unconstitutionality filed to discuss the (un) constitutionality of the procedure concerning inherent devices.

Keywords: Bids. Public contracting. Confederations Cup. World Cup. Olympic and Paralympic Games. Contractual Differentiated Regime. Innovations. Unconstitutionality lawsuit.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	12
<u>1 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES</u>	14
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.....	14
1.2 NOÇÕES GERAIS DE LICITAÇÃO.....	16
1.2.1. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.....	19
1.2.2. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR.....	23
1.2.3. TIPOS DE LICITAÇÃO.....	26
1.2.4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....	28
1.3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO RDC.....	32
1.4. PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E OBJETIVOS DO RDC.....	38
<u>2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO RDC À LUZ DA LEI Nº 8.666/93</u>	42
2.1 FASE INTERNA.....	43
2.1.1 ATOS PREPARATÓRIOS.....	44
2.1.2 COMISSÃO DE LICITAÇÃO.....	53
2.1.3 INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	55
2.1.4 PUBLICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	58
2.2 FASE EXTERNA.....	59
2.2.1 FORMA DE REALIZAÇÃO ELETRÔNICA.....	59
2.2.2 INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO.....	61
2.2.3 FASE RECURSAL ÚNICA.....	63
<u>3 POLÊMICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES</u>	64
3.1 SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS DO RDC.....	64
3.2 SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS DO RDC.....	66
3.2.1 ORÇAMENTO SIGILOSO.....	66
3.2.2 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL.....	67
3.2.3 CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	68

3.2.4 DISPENSA DE PUBLICIDADE.....	69
3.3 EXTENSÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.....	71
<u>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>73</u>
<u>REFERENCIAIS.....</u>	<u>76</u>

RDC, para que possamos examinar o regime especial de contratação propriamente dito e suas inovações, analisando os contrapontos de doutrinadores e de analistas no que diz respeito a real eficácia que as alterações produzem na desburocratização dos certames licitatórios. O método de pesquisa consubstancia-se em referências doutrinárias, artigos científicos e, principalmente, diplomas legislativos pertinentes à matéria existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, o primeiro capítulo tratará do âmbito de incidência, princípios, objetivos e diretrizes do RDC. Também serão abordadas as principais características da lei geral de licitações, principalmente no que pertine aos seus postulados norteadores, atos do administrador e critérios de avaliação, a ensejar um embasamento teórico imprescindível ao estudo das inovações do regime especial.

No segundo capítulo, lidar-se-á com o procedimento em si do RDC, destacando as características especiais que o legislador instituiu com o escopo de dar maior celeridade ao regime de contratações públicas.

Por fim, serão levantadas as questões polêmicas acerca do regime, como a extensão de seus efeitos às contratações públicas inerentes às obras e serviços do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Serviço Público de Saúde (SUS), e do sistema de ensino e prisional, o questionamento acerca de vícios constitucionais formais e materiais em sede de ADIN (ADINS nº 4645 e 4655) e o projeto de conversão em lei da medida provisória nº 630/13, a qual estende os efeitos do RDC a todas as demais contratações realizadas pela Administração.

1. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Na última década, o Brasil mudou de patamar no cenário internacional. O país estabeleceu-se como uma potência regional, desempenhando um papel importante na cooperação econômica do Ocidente e nos esforços de segurança coletiva. A economia passou por momentos de estabilidade, passando sem maiores prejuízos pelas crises que assolaram a economia mundial, ensejando credibilidade em relação à conjuntura externa.

Nessas circunstâncias que o Brasil se candidata e é escolhido para sediar os eventos da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Ao se comprometer com a realização dos respectivos acontecimentos esportivos, o País assumiu mais que um compromisso frente aos organismos internacionais responsáveis pelos eventos: assumiu um dever político deveras importante, de demonstrar à opinião internacional que era capaz de organizar de maneira exímia os eventos supracitados, e, assim, confirmar de vez a mudança de patamar no cenário internacional.

A fim de viabilizar as obras e serviços essenciais para criar a infraestrutura imprescindível à realização dos supracitados eventos, foi necessário agilizar aspectos procedimentais do regime geral de licitações, previstos na Lei nº 8.666/93, tendo em vista que respectivo procedimento, tão criticado por sua burocracia demasiada, não atenderia às peculiaridades e aos prazos impostos pelos organismos responsáveis pelos eventos.

É neste contexto que foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações, por intermédio da Lei nº 12.462/11¹, espécie de modalidade de licitação criada para

¹ Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. (Conversão da Medida Provisória nº 527, 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

possibilitar a realização das obras de infraestrutura relacionadas aos eventos supramencionados, mediante a desburocratização do procedimento de contratações realizadas pelo Poder Público.

Todavia, muito se tem discutido acerca dos gastos públicos pertinentes aos eventos, vez que alguns contratos possuem indícios de superfaturamento. Ademais, há obras com prazos atrasados, inclusive algumas só irão ser finalizadas em período posterior aos eventos. Um dos eleitos culpados é a flexibilização demasiada do procedimento licitatório, a qual acarretou uma menor fiscalização e garantia por parte do Poder Público acerca da boa execução dos serviços contratados.

A respectiva norma é resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 527/11.² Originariamente, a respectiva MP não tratava do RDC, mas sim da alteração da Lei nº 10.683/03, se limitando a criar a Secretaria de Aviação Civil, a alterar a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil-ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária-INFRAERO, a criar cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, a dispor sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários e a criar cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

Contudo, durante a tramitação da Medida Provisória nº 527/11 na Câmara dos Deputados, o Deputado do Partido dos Trabalhadores do Ceará (PT/CE), José Guimarães, apresentou o projeto de conversão em lei da referida MP, com acréscimo ao texto original de um capítulo dispondo acerca da criação do Regime Diferenciado de Contratações. Registre-se que o instituto em comento foi regulamentado pelo decreto nº 7.581/11.³

Já no momento da instituição do RDC há polêmica. Questiona-se a constitucionalidade formal da MP em questão, argumentando, em suma, a inexistência de relevância e urgência para a sua edição e de pertinência temática para a emenda supra. A controvérsia é, inclusive, arguida em sede de Ação Direta

de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

² Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011: Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

³ Decreto nº 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 5 de agosto de 2011.

de Inconstitucionalidade - Adins nº 4645⁴ e nº 4655⁵, ajuizadas, respectivamente, pelos partidos políticos do DEM, PPS e PSDB e pelo Procurador Geral da República, ações que serão tratadas de maneira detalhada mais à frente.

Para compreender as alterações do RDC, é preciso antes analisar as principais características do regime geral de licitações, a fim de, posteriormente, tomar como parâmetro algumas normas de licitação.

1.2. NOÇÕES GERAIS DE LICITAÇÕES

A licitação é um procedimento obrigatório a ser observado pela Administração Pública em momento que precede a celebração dos contratos. Sua existência consiste no motivo de que o Poder Público, ao realizar as contratações imprescindíveis ao bom funcionamento dos serviços públicos, não pode escolher livremente seus contratados, ao contrário das empresas privadas. Deve-se cumprir os imperativos administrativos da isonomia, da impessoalidade, da eficiência, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público, realizando um processo que garanta ao Estado a oferta mais vantajosa e à sociedade a igualdade de condições de concorrer para a celebração de um pacto.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ conceitua o instituto desta maneira:

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Marçal Justen Filho assevera, conforme passagem a seguir, que:

⁴DEM, PPS E PSDB. *Petição inicial – Adin nº 4645*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4645&processo=4645> > Acesso em 13.05.2014.

⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Petição inicial – Adin nº 4655*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4655&processo=4655> > Acesso em 13.05.2014.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534.

Licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção de proposta de licitação mais vantajosa e a promoção de desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.⁷

Desta forma, a licitação representa um mecanismo de moralização da atividade administrativa, vez que possui como escopo principal a escolha por parte do Poder Público da proposta mais vantajosa, abrindo a todos a possibilidade de oferecimento de propostas, impedindo privilégios e favorecimentos indevidos em relação aos licitantes.

Vale registrar, ainda, o conceito esposado pela administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro, corroborando com o entendimento supra, a qual ensina que é através da licitação que:

[...] o ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.⁸

Registre-se a imprescindibilidade dada pela doutrina à necessidade do fomento da competitividade para a consecução da proposta mais vantajosa pela administração, tendo em vista que o objetivo primordial da licitação é obter a o serviço mais eficiente de uma maneira menos onerosa possível ao erário, condição esta só possível de ser alcançada se assegurada de maneira eficiente a possibilidade de participação dos administrados na realização dos negócios dos entes governamentais.

Conforme ensinamento de Mazza, abaixo transcrito, importante se faz:

[...] identificar a natureza jurídica consiste na operação técnica de enquadrar determinado instituto em uma das grandes categorias do Direito – ato, fato, processo etc. -, a fim de definir o regime jurídico aplicável.

⁷ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.309

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 368.

Contudo, há divergência doutrinária acerca da questão, consoante lição do autor Adilson Abreu Dallari⁹, existem três correntes que tratam da natureza jurídica da licitação: há aquela, anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, que considerava ser a licitação matéria do direito financeiro, tendo em vista, basicamente, que o referido ramo do direito trata da gestão da coisa pública, e a licitação se encaixaria nesse conceito, vez que busca a contratação da maneira mais vantajosa possível ao Poder Público.

Há, ainda, aquela que considera ser a licitação um ato-condição, ou seja, é um ato produzido no intuito de no futuro, dar condição a realização de uma situação concreta. Desta forma, os vencedores da licitação, vez que inexistente a obrigação do Estado de contratar com eles, não se encontrariam na mesma situação daqueles que já efetivamente haviam celebrado o contrato com a Administração.

Todavia, é entendimento cediço entre os doutrinadores que a licitação possui natureza jurídica de procedimento administrativo, vez que é um certame formal, o qual busca a proposta mais vantajosa a Administração, sempre observando o princípio da isonomia, mediante a aplicação de critérios objetivos preestabelecidos em edital.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles assevera que:

[...]a licitação é uma sucessão ordenada de atos que se desencadeiam, [...], obedecem rigidamente ao estabelecido em lei e não admitem discricionariedade na sua realização, salvo na faixa em que a norma legal autoriza preferências técnicas e opções administrativas de conveniência e oportunidade.¹⁰

Também é forçoso destacar que o dever de licitar possui fundamento constitucional no art. 37, XXI da Carta Magna, consoante os termos subtranscritos:

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

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 19.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 22.

e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O instituto foi regulamentado mediante a promulgação da lei nº 8.666/93¹¹, em 21 de junho de 1993, prevendo, em seu art. 3º, como fim essencial da licitação, a seguir:

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

Diante do exposto, verifica-se que o dispositivo retro mencionado também discorre acerca dos princípios norteadores do procedimento ora em estudo, os quais serão objeto de exame no próximo item.

1.2.1. Princípios da licitação

Os princípios constituem o fundamento de validade do instituto que oferece a base de sustentação à atuação administrativa. Conforme exposição anterior, o art. 3º da lei nº 8.666/93 dispõe sobre os princípios que regem o procedimento da licitação, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, sigilo das propostas e princípio da adjudicação compulsória.

O princípio da legalidade faz relação com a necessidade de o procedimento ser plenamente formal e vinculado. Além disso, a Administração deve reger o certame com estrita observância daquilo que está estabelecido em lei, podendo qualquer cidadão, inclusive, acompanhar e até impugnar a disputa.

O princípio da impessoalidade se refere a imprescindibilidade do ente público licitante gerir o processo de contratação de maneira objetiva e imparcial, seguindo

¹¹ Lei nº 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.

as premissas estabelecidas em edital, a impedir a ocorrência de privilégios ou vantagens indevidas a um dos concorrentes.

O da moralidade impõe tanto ao administrador quanto aos licitantes que promovam seus atos de maneira a observar os padrões éticos de probidade, lealdade, decoro e boa-fé. Desta forma, verifica-se que a probidade administrativa, também aduzida no preceptivo em questão, desponta como um subprincípio do daquele em discussão.

O postulado da igualdade, ou da isonomia, consagrado na Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, *caput*¹², materializa-se no procedimento em comento nos incisos I e II do §1º do art. 3º da Lei Geral de Licitações, ao vedar tratamento diferenciado por parte dos agentes públicos mediante o estabelecimento de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.¹³ Também é proibido tratamento diferenciado por motivo de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais.¹⁴

O princípio da publicidade decorre da imprescindibilidade de que os atos e sessões inerentes ao procedimento sejam realizados de forma pública. Consubstancia-se, ainda, na obrigatoriedade da realização de audiência pública antecedendo licitações e envolvendo objetos de grande valor¹⁵ e no dever de publicação do resumo do instrumento convocatório na imprensa.¹⁶ Destaque-se que publicidade difere de publicação. Esta é a espécie mais comum daquela, e não é obrigatória a todos os tipos licitatórios.

¹² Constituição Federal de 1988, art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹³ Art. 3º, §1º, I da lei nº 8.666/93.

¹⁴ Art. 3º, §1º, I da lei nº 8.666/93.

¹⁵ Art. 39 da lei nº 8.666/93.

¹⁶ Art. 40 da lei nº 8.666/93.

A vinculação ao instrumento convocatório deflui do art. 41, *caput* da Lei Geral, referindo-se a obrigação que o poder público possui na observância dos estritos termos do edital ou da carta-convite, restando vedado o descumprimento de suas normas e condições por parte da Administração, assegurando a lei a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade (art. 41, § 1º).¹⁷

Por fim, o art. 45 da Lei nº 8.666/93 prevê que o julgamento das propostas será objetivo. Ivan Barbosa Rigolin ensina que:

[...]julgamento objetivo significa confrontar ou a documentação apresentada com o rol de exigências do edital, e pelo confronto habilitar apenas as que as atendam, ou as propostas, examinando-as sem parcialidade, mas com critério absolutamente equânime, primeiro em confronto com as exigências do edital, depois em confronto umas com as outras, de tudo isso elegendo as que, sem qualquer possibilidade de interpretação subjetiva da conformidade ou desconformidade com as exigências do edital, atendam objetivamente ao que a Administração pediu.¹⁸

Desta forma, o ente público deve, ao decidir pela proposta vencedora do certame, observar o critério definido no instrumento convocatório, sendo vedada a utilização de outro método não previsto em edital ou em carta-convite.

A doutrina especializada trata, outrossim, da existência de princípios implícitos, fruto de uma decorrência lógica das disposições legais voltadas às licitações relacionadas à atuação administrativa.

O postulado do formalismo concretiza-se no art. 4º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, ao aduzir que “o procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.” Isto posto, verifica-se a preocupação do legislador ordinário em obrigar que a atividade administrativa licitatória siga a forma preestabelecida na norma geral.

No entanto, Hely Lopes Meirelles pondera que:

[...]é inadmissível que se prejudique um licitante por meras omissões ou irregularidades na documentação ou sua proposta (..) por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da

¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17º ed. São Paulo: Método, 2009, p. 543.

¹⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 44.

licitação. O princípio do procedimento formal não significa que a Administração deve ser 'formalista' a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar proposta diante de simples omissões ou irregularidade na documentação ou na proposta, [...]"¹⁹

Depreende-se da leitura da passagem acima que é admitida uma flexibilização moderada da formalidade determinada em lei, devendo-se convalidar os atos sanáveis quando não acarretar prejuízos à Administração, ao tratamento isonômico a que possuem direito os concorrentes e a satisfação do interesse público inseridos no certame, de forma a não frustrar a celeridade da contratação.

No mesmo sentido, eis o entendimento proferido pelo Ministro Adylson Motta, do Egrégio Tribunal de Contas da União, em decisão proferida em novembro de 1999, consoante a passagem subtranscrita:

[...]o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais.²⁰

O princípio do sigilo das propostas encontra-se enunciado no art. 3º, § 3º da lei nº 8.666/93, rezando que até a data marcada para a abertura dos envelopes, as ofertas serão sigilosas, sendo abertas conjuntamente na respectiva sessão, configurando crime a violação ao referido dispositivo²¹.

Finalmente, importante discorrer sobre o princípio da adjudicação obrigatória ao vencedor. No que pertine às licitações públicas, adjudicar significa atribuir o objeto do certame ao competidor vencedor. Assim sendo, é terminantemente proibido que o administrador, ao fim do procedimento, decida por atribuir a execução da obra ou do serviço licitado a outrem que não seja o licitante vitorioso. Registre-se

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15 ed. atualizada por José Emmanuel Burle Filho: São Paulo, Malheiros, 2010.

²⁰ Tribunal de Contas nº 004809/1999-8, Decisão 695-99, p. 203, DOU em 08.11.99.

²¹ Lei nº 8.666/93, art. 94: Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

que a obrigatoriedade do vencedor do certame em contratar perdura pelo prazo de 60 (sessenta) dias. Empós, exaure-se sua obrigação, restando-lhe facultado executar ou não a obra ou serviço objeto do contrato.

1.2.2. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A regra geral no âmbito da atuação pública é que os contratos realizados pelo poder público devem ser precedidos de um procedimento licitatório, a fim de garantir ao ente público a proposta mais vantajosa possível. O art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 elenca aqueles que são obrigados a licitar, nos termos subseqüentes:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao mencionar as demais entidades mantidas pelo poder público, o legislador ordinário tencionou incluir no rol dos vinculados a licitar os entes do terceiro setor, conhecidos como entidades de cooperação ou entidades paraestatais, as quais colaboram com o Estado no desempenho de uma atividade de interesse coletivo sem fins lucrativos, reforçando a atuação estatal na área social. São compostos pelos serviços sociais autônomos, pelas entidades ou fundações de apoio, pelas organizações sociais e pelas organizações da sociedade civil de interesse público.

Ademais, o art. 173 da Constituição Federal aduz que, no pertinente às Empresas Públicas e às Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, lei específica deverá regulamentar o seu processo de licitação, a fim de simplificar e dar maior celeridade ao certame. Objetiva-se, assim, impedir que a burocracia e a morosidade demasiada do procedimento acarrete prejuízos aos dois tipos de entidades, as quais, enquanto exploradoras de atividade econômica,

concorrem em um mercado no qual a celeridade é fator preponderante para o bom desempenho das empresas.

Em direção oposta à obrigatoriedade de licitar, a Constituição Federal prevê a possibilidade de lei especial estabelecer hipóteses de exceção a essa determinação.²² Há três situações dispostas na normal geral de licitações, quais sejam: a dispensa de licitação, a dispensabilidade de licitação e a inexigibilidade de licitação.

A dispensa de licitação está prevista nos arts. 17 e 24 da lei nº 8.666/93, e, nos dizeres de Marçal Justen Filho, "a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se inconveniente ao interesse público."²³

Desta maneira, o instituto engloba as situações que seria plenamente viável a aplicação do procedimento licitatório para a contratação, todavia a lei o dispensa. Inexiste um parâmetro lógico que explique todas as hipóteses previstas nos respectivos artigos.

O art. 17 refere-se aos casos de licitação dispensada, ou seja, o administrador, ocorrendo alguma das hipóteses previstas no referido dispositivo, é obrigado a contratar sem licitação (ato vinculado).

Já o art. 24 pertine às situações de licitação dispensável: aquelas nas quais a lei autoriza o poder público a proceder com a dispensa, devendo este realizar um juízo de oportunidade e conveniência no caso concreto para definir se realiza ou não a licitação (ato discricionário).

O rol de situações descritas nos dois artigos são taxativas, pois, consoante a administrativista Sylvia Zanella di Pietro:

²² Constituição Federal de 1988, 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). [...] 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. (grifo nosso)

²³ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 234.

Os casos de dispensa não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, a sua interpretação deve ser feita em sentido estrito.²⁴

A inexigibilidade de licitação, disposta no art. 25 da norma geral de licitações, ocorre sempre que for inviável a competição, em especial:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Desta maneira, é inexigível a licitação quando concernente a bens singulares ou de fornecedor exclusivo, a serviços técnicos especializados de natureza singular e a contratação de artistas consagrados.

Há, ainda, a inviabilidade de competição pela contratação de todos. É o que demonstra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²⁵:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do "credenciamento", que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo:Atlas, 1997. p. 266. in: < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/153/240> > Acesso em: 15.05.14.

²⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 532.

Justifica-se o credenciamento na situação que, para haver atendimento do interesse público, seja imprescindível a obtenção de várias propostas vantajosas, descaracterizando, assim, a competição. Por último, registre-se que, diversamente do instituto da dispensabilidade de licitação, o rol acima exposto é meramente exemplificativo.

1.2.3. TIPOS DE LICITAÇÃO

A lei nº 8.666/93 denomina tipos de licitação e os possíveis critérios a serem observados pela Administração no julgamento das propostas no procedimento licitatório.

Os respectivos métodos estão previstos no art. 45 da Norma Geral de Licitações, a seguir:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

O tipo menor preço é a regra geral das licitações públicas. Hely Lopes Meirelles aduz que o respectivo critério é utilizado quando o "objeto é de rotina, a técnica é uniforme e a qualidade é conhecida ou padronizada".²⁶ Neste tipo de

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15ª ed. atualizada por José Emmanuel Burle Filho: São Paulo, Malheiros, 2010.

licitação, busca-se a vantagem econômica da Administração, por menor que seja, presumida pela simples constatação da proposta com menor preço.

Caso haja empate, aplicam-se sucessivamente as regras previstas no art. 3º, § 2º da referida lei – bens ou serviços produzidos no País (inc. I), produzidos ou prestados por empresas brasileiras (inc. III) e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (inc. IV). Permanecendo o empate, a classificação se dará por sorteio.²⁷

De acordo com o art. 46, *caput*:

Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos", ressalvadas as contratações relativas a bens e serviços de informática, que seguem o critério do menor preço.²⁸

Consoante § 3º do dispositivo supra, os referidos tipos poderão ser aplicados excepcionalmente quando:

[...]por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

²⁷ Lei nº 8.666/93, art. 45: [...] § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

²⁸ Art. 45, §4º, Lei nº 8.666/93.

Isto posto, verifica-se que deve ser motivada por autoridade superior a imprescindibilidade da utilização dos critérios em questão.

No tipo “melhor técnica”, o que será avaliada é a qualificação técnica dos concorrentes, restando, todavia, previsto no instrumento convocatório o valor máximo a ser pago pela Administração. Já no tipo “preço e técnica”, deverá ser escolhida a proposta que melhor sopesa os critérios de menor preço e melhor técnica.

Por fim, incluído pela Lei nº 8.883/94²⁹, deparamos com o critério de “maior lance ou oferta”, adotado para as situações nas quais o interesse do poder público será alcançado mediante a percepção do maior montante possível. É o que ocorre nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. Importante salientar que o ato convocatório deve dispor acerca do valor mínimo a ser aceito pelo administrador nessas hipóteses.

1.2.4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A lei nº 8.666/93 estabelece, em seu art. 22, cinco diferentes modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.026/00³⁰, convertida na lei nº 10.520/02³¹, instituiu uma sexta modalidade de licitação, o pregão.

Importante salientar que os respectivos modelos licitatórios possuem características próprias, sendo cada qual apropriado a determinada hipótese de contratação. A licitação é o gênero, do qual as modalidades são as espécies.³² Desta

²⁹ Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994: Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências.

³⁰ Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000: institui, no âmbito da União, 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.

³¹ Lei nº 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.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15 ed. atualizada por José Emmanuel Burle Filho: São Paulo, Malheiros, 2010.

forma, possível é aplicar a essas espécies os preceitos genéricos da licitação, enquanto os específicos regem cada modalidade em particular.³³

Consoante o art. 22, § 2º da lei geral de licitações, a seguir:

Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Logo, depreende-se que qualquer pessoa pode participar do certame, desde que comprove aptidão no que concerne às exigências previstas no instrumento convocatório.

Ela é adotada para as contratações de obras e serviços de engenharia cujo valor superem R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)³⁴ e de bens e outros serviços acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).³⁵ Todavia, há exceções a esta regra, nas quais a concorrência será a modalidade licitatória independente de valor: concessão de serviço público, concessão de direito real de uso e nos casos de contratos de empreitada internacional.

O art. 22, § 3º da norma geral de licitações aduz que:

Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Desta maneira, verifica-se que nessa espécie licitatória, os postulantes ao contrato público devem estar previamente inscritos em cadastro do órgão licitante. Caso não esteja cadastrado, possibilita-se ao interessado a participação desde que comprove atender aos requisitos exigidos para cadastramento até 03 (três) dias antes à data do recebimento das propostas.

Esta modalidade é utilizada para as contratações de obras e serviços de engenharia cujo valor não superem R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil

³³ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Modalidades de licitação: da concorrência ao pregão*. A inversão do procedimento de habilitação e julgamento e a polêmica Medida Provisória nº 2026/00. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2363>>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

³⁴ Art. 23, I, “c” da Lei nº 8.666/93.

³⁵ Art. 23, II, “c” da Lei nº 8.666/93.

reais)³⁶ e de bens e outros serviços abaixo de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).³⁷

A modalidade convite, consoante art. 22, § 4º, é prevista para as seguintes hipóteses de licitação:

[...]entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 03 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Esta espécie é adotada para contratações de pequeno valor: para as contratações de obras e serviços de engenharia cujo valor não superem R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)³⁸ e de bens e outros serviços abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).³⁹

Apenas participarão do certame os licitantes convidados, independente de cadastramento prévio no órgão licitante. Não convidados poderão participar, desde que previamente cadastrados. Seu instrumento convocatório também difere dos demais: é a carta-convite.

O § 4º do art. 22 prescreve que:

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

Isto posto, denota-se do dispositivo acima exposto que a espécie ora em comento é a adotada para escolha de trabalho técnico, artístico e científico, por intermédio de o pagamento de um prêmio ou remuneração ao vencedor do certame. Difere dos demais, também, em relação a sua comissão, a qual deve ser composta

³⁶ Art. 23, I, “b” da Lei nº 8.666/93.

³⁷ Art. 23, II, “b” da Lei nº 8.666/93.

³⁸ Art. 23, I, “a” da Lei nº 8.666/93.

³⁹ Art. 23, II, “a” da Lei nº 8.666/93.

por pessoas idôneas especializadas na área do objeto da licitação, restando dispensada a necessidade de seus membros serem servidores.⁴⁰

A quinta modalidade, prevista no art. 22, § 5º, é o leilão, espécie adotada quando:

[...] entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Com isso, verifica-se que a proposta vencedora do certame será aquela que oferecer o maior lance, observado o valor mínimo previsto em instrumento convocatório, obtido através de uma avaliação minuciosa dos valores praticados no mercado.

Importante registrar que a alienação de bens móveis por parte do poder público está limitada ao valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).⁴¹ Caso seja superada esta quantia, deve ser utilizada a concorrência.

Por fim, temos a sexta espécie de licitação, o pregão. Instituída pela Medida Provisória 2.026/00, a modalidade em comento visa dar maior celeridade ao procedimento, e é utilizada para aquisição de bens e serviços comuns da Administração⁴², independente do valor estimado. Seu critério de julgamento será sempre o do tipo menor preço.

Diferencia-se das outras modalidades, outrossim, por não possuir comissão. Esta função é realizada pelo pregoeiro, o qual deve ser servidor público com curso no ramo. Além disso, pode ser realizada mediante a via eletrônica, forma regulamentada pelo Decreto nº 5.450/05.⁴³

⁴⁰ Art. 51, § 5º da Lei nº 8.666/93.

⁴¹ Art. 17, § 6º da Lei nº 8.666/93.

⁴² Lei nº 10.520/02. Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

⁴³ Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005: Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Empós esse singelo resumo acerca das características gerais do procedimento licitatórios, passa-se ao estudo pormenorizado do Regime Diferenciado de Contratações.

1.3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO RDC

O âmbito de incidência do RDC está previsto no art. 1º da lei 12.462/11, conforme os termos a seguir:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

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

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

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. ([Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013](#))

(...)

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. (Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012)

Originariamente, o texto do dispositivo supra, ao discorrer acerca do âmbito de incidência do regime licitatório em comento, previa a sua aplicação apenas para

os contratos concernentes às obras e serviços relativos à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Previa-se, outrossim, sua utilização para as contratações referentes aos aeroportos das capitais distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais.

Como se vê acima, a lei nº 12.462/11 não possui o escopo de modificar a norma geral de licitações, e, sim, criar uma nova modalidade licitatória específica, afastando o regime previsto na lei nº 8.666/93 para determinadas obras e serviços.

Entre elas, estão as obras e serviços relacionados aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, conforme inciso do dispositivo supra, as quais estejam constando da Carteira de Projetos Olímpicos, a ser deliberada pela Autoridade Pública Olímpica (APO) – órgão responsável pela gestão dos contratos referentes aos Jogos Olímpicos.

A APO é um consórcio criado pela lei federal nº 12.396/11⁴⁴, formado pela União, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro, fazendo parte da administração indireta de cada um dos entes consorciados, sob a forma de autarquia em regime especial.

O artigo 3º de seu estatuto dispõe dos objetivos do referido órgão, a seguir:

Art. 3º A APO tem por objetivo coordenar a participação da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, especialmente para assegurar o cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional - COI.

Desta forma, a APO é responsável pela coordenação dos esforços realizados pelos entes consorciados quando da realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a fim de revesti-los da máxima eficácia possível, a assegurar que sejam cumpridas as peculiaridades e os prazos impostos pelas entidades organizadoras dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos: o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, respectivamente.

⁴⁴ Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011: Ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO.

Destarte, a APO deve definir a Carteira de Projetos Olímpicos, "*conjunto de obras e serviços selecionados pela APO como essenciais à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016*".⁴⁵ Todavia, enquanto não se define a referida Carteira, e sendo a licitação essencial ao cumprimento daquilo que foi assumido perante os comitês organizadores dos dois eventos, aplica-se o RDC às obras e serviços relacionadas aos dois eventos, consoante o disposto no art. 65 da lei nº 12.462/11, nos termos subseqüentes:

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Ademais, serão submetidas ao RDC as licitações referentes à Copa do Mundo de 2014. Sonante ao previsto no inc. II do dispositivo em tela, foram instituídas duas entidades para serem responsáveis pela organização e execução das atividades relacionadas a infraestrutura de tais eventos, além da definição das contratações pública a serem regidas pelo RDC: o Comitê Gestor da Copa – CGCOPA e o Grupo Executivo - GECOPA.

Consoante art. 1º do decreto federal sem número de 14 de janeiro de 2010, alterado pelos decretos federais de 07 de abril de 2010, de 06 de setembro de 2010 e de 26 de julho de 2011, o CGCOPA foi instituído para:

Art. 1º - Fica instituído o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA, cuja atribuição é estabelecer as diretrizes do Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014, bem como supervisionar os trabalhos do grupo executivo de que trata o art. 3º.

Parágrafo único. O Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 é constituído por um conjunto de atividades governamentais voltado ao planejamento e à execução das ações necessárias ao desenvolvimento do referido evento no Brasil.

⁴⁵ Lei 12.396, de 21 de março de 2011, cláusula 3º, inciso VII.

Deste modo, denota-se que a execução de obras e serviços será norteadada pelas diretrizes do Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro, estabelecidas pelo CGCOPA. Referido Programa é formado por um conjunto de atividades do governo com o fim específico de planejar e executar as ações imprescindíveis a construção da infraestrutura necessária a realização da Copa do Mundo de 2014.

Já o Grupo Executivo – GECOPA é um órgão vinculado ao CGCOPA, e o art. 3º do decreto em tela trata de suas competências, a seguir:

Art. 3º - Fica instituído o Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 - GECOPA, vinculado ao CGCOPA, com as seguintes atribuições: (Redação dada pelo Decreto de 26.7.2011)

I - instituir o Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014; (Incluído pelo Decreto de 26.7.2011)

II - estabelecer metas e monitorar os resultados de implementação e execução do Plano a que se refere o inciso I; (Incluído pelo Decreto de 26.7.2011)

III - discriminar as ações do Orçamento Geral da União vinculadas às atividades governamentais relacionadas à Copa do Mundo FIFA 2014; (Incluído pelo Decreto de 26.7.2011)

IV - coordenar e aprovar as atividades governamentais referentes à Copa do Mundo FIFA 2014 desenvolvidas por órgãos e entidades da administração federal direta e indireta ou financiadas com recursos da União, inclusive mediante patrocínio, incentivos fiscais, subsídios, subvenções e operações de crédito; e (Incluído pelo Decreto de 26.7.2011)

V - acompanhar a execução das atividades de que trata o inciso IV. (Incluído pelo Decreto de 26.7.2011)

Registre-se que, semelhante ao previsto ao CGCOPA, o parágrafo 2º do art. 4º do decreto ora em análise dispõe que é facultado aos representantes do GECOPA o convite de “representantes de outros órgãos ou entidades, públicos ou privados, para participar das suas reuniões”.

Importante frisar ainda que, o parágrafo único do art. 3º do respectivo decreto versa que:

as atividades governamentais referentes à Copa do Mundo FIFA 2014 abrangem todas as medidas necessárias à preparação e à

realização das competições e eventos correlatos, inclusive as concernentes à Copa das Confederações FIFA de 2013.

Vale ressaltar que, sendo a obra pertinente ao evento da Copa do Mundo e de natureza pública, o RDC será aplicado apenas àquelas previstas na matriz de responsabilidades firmada entre os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O texto original da lei nº 12.462/11 versava que também se aplica o RDC às obras e serviços relacionados aos aeroportos de capitais distantes até 350 km das cidades sedes dos eventos contemplados no inciso I e II do artigo em questão.

Posteriormente, foram incluídas no campo de incidência do RDC matérias estranhas ao fim primordial pelo qual o certame foi criado, qual seja, a necessidade de desburocratização das contratações públicas visando aos eventos esportivos já mencionados, superando o caráter transitório e excepcional do regime.

A primeira alteração ao texto original veio com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 12.688/12⁴⁶, que acrescentou o inciso IV ao rol de aplicação do Regime Diferenciado, autorizando a sua utilização para as obras referentes ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), justificando-se a ampliação em virtude de diversas obras relativas ao programa em discussão estarem vinculadas às de infraestrutura concernentes à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Empós, a Lei nº 12.722/12⁴⁷ instituiu o parágrafo 3º ao art. 1º da Lei nº 12.462/11, aduzindo que se aplicaria, também, às contratações públicas referentes à rede de ensino. Em seguida, a Lei nº 12.745/12⁴⁸ adicionou o inciso V ao artigo em

⁴⁶ Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012: Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis nºs [...]12.462, de 4 de agosto de 2011, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências.

⁴⁷ Lei nº 12.722, de 03 de outubro de 2012: Altera as Leis nºs 10.836, de 9 de janeiro de 2004, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 11.977, de 7 de julho de 2009; dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil; e dá outras providências.

⁴⁸ Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012: Altera as Leis nºs 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do

tela, assentindo a aplicação do RDC aos pactos públicos relacionados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Registre-se, ainda, que, a Medida Provisória nº 630/13⁴⁹ acrescentou o sexto inciso, de forma a permitir a utilização do presente procedimento às “obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.”

Além das situações mencionadas do art. 1º da lei nº 12.462/11, o campo de incidência do RDC sofreu mais alguns acréscimos. Como exemplo, podemos citar o disposto no art. 5º da Medida Provisória nº 600/12, convertida na lei nº 12.833/13⁵⁰, o qual acrescentou o art. 63-A à norma que rege o RDC, possibilitando a utilização do referido regime para as obras e serviços de modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos, *in verbis*:

Art. 5º - A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 63-A:

Art. 63-A. Os recursos do FNAC serão geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos.

§ 1º Para a consecução dos objetivos previstos no caput, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, diretamente ou, a seu critério, por intermédio de instituição financeira pública federal, realizará procedimento licitatório, podendo, em nome próprio ou de terceiros, adquirir bens, contratar obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados e utilizar-se do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

§ 2º Ato conjunto dos Ministros da Fazenda e da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República fixará a remuneração de instituição financeira que prestar serviços, na forma deste artigo.”

Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências.

⁴⁹ Medida Provisória nº 630, de 24 de dezembro de 2013: Altera a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC e dá outras providências.

⁵⁰ Lei nº 12.833, de 20 de junho de 2013: Altera as Leis nº 12.409, de 25 de maio de 2011, 12.793, de 2 de abril de 2013, que dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste - FDCO, constitui fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais da Caixa Econômica Federal, 12.462, de 4 de agosto de 2011, [...] e dá outras providências.

Por fim, vale ressaltar que foi aprovada na Câmara dos Deputados a conversão em lei da Medida Provisória nº 630/13, de relatoria da senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR), a qual prevê a extensão do campo de incidência do RDC a todas as licitações públicas realizadas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Originariamente, a referida MP previa a ampliação apenas para “obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo”, mediante o acréscimo do inciso VI no art. 1º da lei 12.462/11, conforme já citado anteriormente. Todavia, o relatório da senadora estendeu o campo de incidência a todas as contratações públicas.

Todavia, essa sucessão de disposições estendendo o âmbito de incidência das contratações pública vem recebendo diversas críticas. O RDC foi criado com o escopo primordial de viabilizar o atendimento às exigências dos comitês organizadores da Copa das Confederações, da Copa do Mundo e do Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. Com essas novas previsões, as quais não possuem pertinência temática com o fim da lei 12.462/11, vê-se o Poder Executivo e o Poder Legislativo se aproveitando do novo regime para estender ao máximo seu âmbito de incidência até a sua utilização em todas as contratações públicas, que é o que irá ocorrer caso seja convertida a MP 630/13 nos termos atuais.

A oposição ao governo discute a constitucionalidade formal da respectiva MP, por considerar que alterações na Lei Geral de Licitações devem decorrer mediante uma ação do Congresso Nacional, e não através de uma medida provisória, questão que será discutida pormenorizadamente no capítulo 03 da presente monografia.⁵¹

1.4. PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E OBJETIVOS DO RDC

O art. 3º da lei 12.462/11 dispõe acerca dos princípios a serem observados pela Administração quando contratar ou licitar mediante o Regime Diferenciado de Contratações. Desta forma, o ente licitante deve observar:

⁵¹Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/465744-OPOSICAO-CRITICA-AMPLIACAO-DO-RDC-PARA-TODAS-AS-OBRA-PUBLICAS.html>. > Acesso: 14.05.12

[...]os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Isto posto, verifica-se que, quando comparado com o rol de princípios expressos na Lei Geral de Licitações, art. 3º da Lei nº 8.666/93, a previsão de princípios é a mesma, com o acréscimo dos princípios da economicidade e da eficiência.

Importante se faz discorrer sobre princípio da eficiência, eis que é o princípio basilar do Regime Diferenciado de Contratações. A intenção inicial do legislador foi criar um regime licitatório menos burocrático, mais célere, visando viabilizar as contratações de serviços e obras públicas imprescindíveis à realização da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Respectivo intento original do legislador se encaixa perfeitamente no conceito de eficiência, o qual foi instituído na Carta Magna de 1988 visando à transformação do modelo burocrático que imperava na atuação da Administração Pública em um modelo gerencial, aproximando-se da estrutura da administração privada. Respectivo conceito é fundamentado no neoliberalismo, corrente econômica que prega a existência do Estado Mínimo, ou seja, o Estado interferindo o mínimo possível na esfera das vontades das pessoas, se limitando em intervir em questões essenciais da vida social.

O princípio da eficiência, assim, destina-se, em suma, a flexibilização da atuação estatal, de forma a assegurar de maneira mais satisfatória possível os anseios da sociedade, através da busca do máximo desempenho dos seus agentes públicos, a ensejar melhores resultados através de custos menores ao erário.

O art. 4º da respectiva norma infraconstitucional cuida das diretrizes a serem observadas pela Administração Pública, nos termos subseqüentes:

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

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso,

às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

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

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

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

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

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

Desta forma, verifica-se que as diretrizes consagram os princípios da segurança jurídica, no que concerne ao inciso I e II (padronização do objeto da contratação, de instrumento convocatório e de minuta de contrato), da economicidade, no que se refere ao inciso II (busca de maior vantagem econômica para a Administração Pública) e; da eficiência, no que pertine ao inciso IV (remuneração variável pelo desempenho).

Registre-se que as contratações realizadas mediante o RDC devem sempre respeitar a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; a mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental, a utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; a avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado

pelas obras contratadas e; a acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.⁵²

Ademais, conforme § 2º do art. 4º da lei nº 12.462/11:

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

Por fim, o art. 1º, § 1º do presente diploma legal elenca os principais objetivos a serem atingidos pela administração quando contrata mediante RDC, quais sejam:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

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

Desta forma, o administrador, ao proceder a escolha do RDC para fins licitatórios, deve sempre atuar de maneira a atender os princípios e as diretrizes previstos para o regime, perseguindo os objetivos supracitados, a fim de que a atuação estatal seja a mais eficiente possível, assegurando a boa prestação de serviço e resguardando os cofres públicos de gastos voluptuosos.

⁵² Art. 4º, § 1º da lei nº 12.462/11.

2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO RDC À LUZ DA LEI 8.666/93

Conforme art. 12 da lei nº 12.462/11, o procedimento do Regime Diferenciado de Contratação deve seguir o cronograma de etapas abaixo transcrito:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I – preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV – julgamento;
- V – habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

Desta forma, o ente público licitante deverá observar, obrigatoriamente, ao escolher o Regime Diferenciado de Contratações, a ordem de etapas prevista no dispositivo supra. Registre-se que, as licitações regidas pelo RDC devem ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, garantindo uma maior impessoalidade, como no pregão eletrônico, admitida, todavia, excepcionalmente, a forma presencial.⁵³

Em sua estrutura básica, não há diferenças clamorosas entre os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/ 93 – Lei Geral de Licitações e na Lei nº 12.462/11 – Regime Diferenciado de Contratações. Em suma, as duas preveem um certame com uma fase interna, onde serão executados os atos que direcionam o procedimento, e uma fase externa, onde serão apresentadas as propostas a serem julgadas pelo ente contratante, representados, respectivamente, pelos incisos I e II do dispositivo exposto anteriormente e, na segunda fase, pelos demais incisos elencados.

Todavia, o RDC difere do procedimento geral, lidando com instrumentos os quais visam dar uma maior celeridade e desburocratização ao processo licitatório, a

⁵³ Art. 13, *caput*, lei nº 12.462/11.

fim de viabilizar as obras e serviços imprescindíveis à realização dos eventos da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Apresentaremos de forma minuciosa as etapas do procedimento de contratação previsto na Lei nº 12.462/11, abordando e expondo as críticas às principais inovações advindas com o novo regime objetivando tornar mais eficiente o processo de contratação por parte dos poder público frente ao Regime Geral de Licitações, algumas, inclusive, já praticadas de maneira informal pela Administração.

2.1. FASE INTERNA

Prevista nos incisos I e II do art. 12 da lei nº 12.462/11 e regulamentada pelo Decreto nº 7.581/11, a fase interna do Regime Diferenciado de Contratações compreende a etapa na qual “a Administração Pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame.”⁵⁴

Apesar da maior ênfase à fase externa, a fase interna é tão importante quanto a primeira. É nesta fase que será delineado o objeto do contrato e as “regras do jogo”, os quais culminarão, futuramente, no instrumento convocatório. Por isso, ela deve ser observada com a devida cautela, devendo o administrador ministrá-la com zelo, a fim de ensejar a menor margem possível de discussão, visando dificultar a interposição de recursos por parte dos licitantes, os quais tanto emperram o andamento das contratações públicas, fulminando com o objetivo do RDC de dar maior celeridade às licitações.

O referido dispositivo inova em relação a Lei Geral de Licitações, vez que traz um rol definido dos atos a serem realizados pelo agente estatal na condução do certame licitatório. Na lei 8.666/93, ao contrário, a previsão de atos é feita de maneira dispersa em seu texto, havendo a disposição das referidas providências a serem tomadas pelo administrador em vários artigos espalhados pela norma. A título

⁵⁴ Art. 4º, *caput* do Decreto nº 7.581/11.

de exemplo, a seção II cuida do momento no qual será procedida a habilitação dos licitantes; no que diz respeito aos dispositivos referentes ao julgamento, estes estão elencados apenas na seção IV do diploma em tela.

Em maior parte, as competências previstas nos dois regimes ao administrador na forma de atos preparatórios são semelhantes, como a definição do objeto da contratação, o ato de designação da comissão de licitação e a elaboração do orçamento e do edital. Registre-se, todavia, que existem inovações advindas com o novo regime, a fim de dar maior eficiência à atuação estatal na condução do procedimento licitatório, como será visto a seguir.

2.1.1. ATOS PREPARATÓRIOS

Previstos no art. 4º do Decreto nº 7.581/11, os atos preparatórios são imprescindíveis à caracterização do objeto a ser licitado e à definição dos parâmetros do certame. Eles são divididos em três tipos: as justificativas (incisos I, III, IV e IX), as definições (inciso II) e os documentos (incisos V, VII, VIII, X, XI e XII). Registre-se que este rol de atos a serem observados pelo administrador a fim de ensejar o bom andamento do procedimento licitatório é meramente exemplificativo, podendo, assim, posteriormente, uma norma vir a acrescentar a respectiva lista de providências.

O inciso I determina que o administrador justifique a contratação e a adoção do Regime Diferenciado de Contratações, demonstrando a real necessidade da adoção deste procedimento. Ressalte-se, novamente, que a regra é a utilização do regime geral de licitações para as contratações públicas, sendo o RDC aplicado somente para os casos especificados em lei, devendo, inclusive, constar no instrumento convocatório o emprego do regime especial.⁵⁵

⁵⁵ Lei nº 12.462/11. Art 1º: É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: [...] § 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

Deve-se, ainda, ser previamente justificado pelo Poder Público quando for aplicada a inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14⁵⁶, qual seja, a de habilitação com a de apresentação de propostas ou de lances (inc. III).

Por fim, inciso IV prevê a essencialidade de justificativa para:

[..]a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço; a indicação de marca ou modelo; a exigência de amostra; a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante.”⁵⁷

No que pertine à indicação de marca ou modelo, registre-se que a lei nº 8.666/93 veda expressamente a indicação de marca, conforme disposto nos arts. 7º, § 5º ⁵⁸ e 15, §7º, I⁵⁹, autorizando-a somente em caráter excepcional, quando se tratar de caso tecnicamente justificável ou quando a execução do serviço ou obra estiver sendo procedida por intermédio do regime de administração contratada⁶⁰, nos termos do art 7º, § 5º.

Entretanto, as entidades organizadoras dos eventos esportivos da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, em virtude de compromissos firmados com patrocinadores, possuem objetos a serem contratados os quais impescindem da indicação de uma determinada marca, independentemente se a respectiva é a melhor ou a menos

⁵⁶ Decreto nº 7.581/11. Art. 14: Após a publicação do instrumento convocatório inicia-se a fase de apresentação de propostas ou lances. Parágrafo único: A fase de habilitação poderá, desde que previsto no instrumento convocatório, anteceder à fase de apresentação de propostas ou lances.

⁵⁷ Art. 4º, IV do Decreto nº 7.581/11.

⁵⁸ Lei nº 8666/93. Art. 7º [...] § 5º: É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

⁵⁹ Lei nº 8666/93. Art. 15 [...] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

⁶⁰ Ressalte-se que é uníssona a jurisprudência do TCU aduzindo ser impossível, após o advento da lei nº 8.666/93, a execução de obra ou serviço mediante o regime de administração contratada (Acórdãos nº 2.016/2004, nº 1.168/2005, nº 1.596/2006 e nº 2.060/2006), subsistindo, desta forma, apenas uma situação de exceção à vedação a indicação de marca segundo a lei geral de licitações: quando tecnicamente justificável.

onerosa do mercado ou se o negócio é o mais vantajoso à Administração. A vedação imposta pela Lei Geral de Licitações representava um entrave às contratações públicas pertinentes aos referidos eventos esportivos, vez que impossibilitava o atendimento às exigências dos comitês organizadores.

Como exemplo da situação exposta, a marca esportiva “Adidas” é uma das patrocinadoras da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014, sendo responsável pela produção das bolas de futebol a serem utilizadas nos jogos. Assim sendo, malgrado possa existir no mercado outra empresa responsável por confeccionar o mesmo produto de maneira que a relação custo benefício seja mais vantajosa à Administração, deve-se dar preferência à marca exigida pelos comitês organizadores.

A lei nº 12.462/11, conforme já citado em outro momento, foi instituída com o escopo primordial de reduzir as burocracias atinentes ao regime geral de licitações e viabilizar as obras e serviços de modo a acolher de maneira satisfatória todas as peculiaridades impostas pelos entes organizadores dos fatos esportivos. E em relação ao impasse surgido com a vedação a indicação de marcas, não foi diferente.

A norma criadora do RDC solucionou o problema, prevendo, em seu art. 7º, que:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a Administração Pública poderá:

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

Isto posto, verifica-se que, com a criação do RDC, é possível a indicação de marcas, desde que previamente justificado, quando houver necessidade de padronização do objeto a fim de respeitar aquele exigido pelas organizações

esportivas, ou quando a marca for a única capaz de atender as especificidades do instrumento contratual, ou, ainda, quando houver necessidade de indicação de marca como forma de identificar o objeto do pacto. Nesta última hipótese, a indicação da marca justifica-se como referencial, todavia deve ser feita de forma cautelosa, evitando o direcionamento, tornando a disputa mais justa e fazendo com que a Administração adquira produtos de melhor qualidade.

Superado o tema das justificativas, passa-se ao tema das definições. Conforme o art. 4º, II do Decreto nº 7.581/11, o administrador definirá:

Art.4º Na fase interna a Administração Pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

[...]

II - definição:

- a) do objeto da contratação;
- b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;
- c) dos requisitos de conformidade das propostas;
- d) dos requisitos de habilitação;
- e) das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento;
- e
- f) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento;

Importante observação deve ser feita à *alínea* “a” do supracitado dispositivo. Na lei nº 12.462/11, em seu art. 5º⁶¹, também há previsão da imprescindibilidade da precisa definição do objeto. Vislumbra-se, desta maneira, que os participantes tenham o pleno conhecimento do real objetivo do poder público na realização da contratação, para que possam decidir se participarão no certame ou não. Evita-se, assim, a ocorrência de vícios no consentimento dos licitantes.

Outro ponto que merece destaque é o relativo à *alínea* “b”, no que concerne à definição de remuneração. Visando a maior eficiência do procedimento de contratação, a norma instituidora do RDC traz em seu bojo dois mecanismos assaz

⁶¹ Lei nº 12.462/11. Art. 5º: O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

importantes de remuneração: a remuneração variável por desempenho (art. 10)⁶² e a celebração de contratos de eficiência cujas remunerações serão determinadas proporcionalmente a economia gerada à Administração (art. 25).

Desta maneira, o contratado assume o risco de ter a sua remuneração vinculada à obtenção de determinados resultados. Ademais, atrelar o pagamento pelo serviço prestado ao desempenho significa uma vantagem ao Poder Público, pois resta assegurado que o dever de remunerar a outra parte só surgirá na ocorrência de determinados resultados.

Destarte, a Administração fixa os parâmetros desejáveis dos resultados atinentes à contratação. O contratado, nesse caso, apenas fará jus a contraprestação se a prestação do serviço alcançar aquilo que foi fixado pelo ente público.

Há diversas controvérsias em relação ao instituto, aduzindo que a primazia da execução da obra ou do serviço deve ser um requisito obrigatório a quem foi contratado, e não uma mera faculdade passível de recebimento de uma vantagem econômica. Ademais, alega-se que no caso de ser estabelecida uma remuneração variável, isso acarretaria uma espécie de “zona de penumbra” na fixação do atendimento do objeto contratado, e conseqüentemente, do atendimento ao interesse público, contrariando os ditames da Constituição Federal de 1988.⁶³

Além disso, também é importante enfatizar o disposto na alínea “f”, no que pertine a indicação da forma de execução. A lei criadora do RDC prevê os mesmo regimes de execução daqueles trazidos pelo regime geral, com o acréscimo de um instituto, a execução indireta em regime de contratação integrada.

Consoante § 1º do art. 9º da lei nº 12.462/11:

⁶² Lei nº 12.462/11. Art. 10: Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

⁶³ ZOCKUN, Maurício. *Regime diferenciado de contratações: posição contrária Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regimediferenciado-de-contratacoes-posicao-contraria/9491> > Acesso em 13 de maio de 2014.

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

Assim sendo, no presente instituto denota-se que o projeto básico, o projeto executivo e a obra serão encargos apenas da empresa contratada,

Antes de adentrarmos na análise do referido regime de execução indireta de obras e serviços com fulcro no RDC, importante se faz abordar o tema à luz da lei geral de licitações.

O art. 7º da lei nº 8.666/93 dispõe que as contratações públicas de obras e serviços devem seguir a seguinte sequência: o Projeto Básico, o Projeto Executivo e a execução propriamente dita das obras e serviços contratados⁶⁴, podendo ser estes dois últimos realizados de forma concomitante, desde que autorizado pela Administração.⁶⁵

O projeto básico consiste no seguinte:

[...]conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.⁶⁶

Deve-se, ainda, agregar elementos previstos na norma com o escopo de detalhar aquilo pretendido pelo ente licitante, abaixo listados:

Art. 6º: Para os fins desta Lei, considera-se:

IX. [...] devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

⁶⁴ Art. 7º da Lei nº 8.666/93.

⁶⁵ Art. 7º, § 1º da Lei nº 8.666/93.

⁶⁶ Art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93.

- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

O projeto básico deve ser obrigatoriamente realizado pela Administração, para que sejam estabelecidas as características daquilo que o poder público realmente objetiva contratar, a ensejar uma segurança maior aos licitantes acerca do objeto do certame.

Projeto executivo é definido como “o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT”⁶⁷

Conforme disposto no art. 9º, inciso I da lei nº 8.666/93, é expressamente vedada a participação em licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários de pessoa física ou jurídica autora de projeto básico ou executivo.

Passa-se agora à análise do que dispõe a lei instituidora do RDC.

O art. 8º da lei nº 12.462/11⁶⁸ elenca os tipos de regimes possíveis de serem utilizados na execução indireta de obras e serviços de engenharia, e, dentre eles, está o regime de contratação integrada. Apesar de não ser um instituto novo no ordenamento jurídico⁶⁹, o legislador inovou em relação a Lei Geral de Licitações: o

⁶⁷ Art. 6º, X da Lei nº 8.666/93.

⁶⁸ Lei nº 12.462/11. Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário; II - empreitada por preço global; III - contratação por tarefa; IV - empreitada integral; ou V - contratação integrada.

⁶⁹ O Decreto nº 2.745/98, o qual trata do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado do Petróleo Brasileiro – S.A., dispõe acerca da possibilidade de utilização da contratação integrada: “1.9.

dispositivo é uma cópia do art. 10 da lei nº 8.666/93⁷⁰, com o acréscimo do inciso V, prevendo o respectivo tipo.

Consoante já dito anteriormente, a contratação integrada pressupõe a criação do projeto básico, do projeto executivo e da execução da obra pela mesma pessoa física ou jurídica, o que é terminantemente proibido no regime geral de licitações. No RDC, o Projeto Básico, obrigatoriamente realizado pelo Poder Público no regime geral, será promovido pelo particular, com base em um anteprojeto de engenharia. Desta forma, visando dar maior celeridade à contratação, exclui-se o projeto básico do instrumento convocatório, devendo este ser efetuado em momento posterior.

O anteprojeto contempla documentos técnicos cuja finalidade é possibilitar a especificação da obra ou serviço. Apesar de não possuir a complexidade do projeto básico, todavia possui requisitos mínimos a possibilitar caracterização da obra ou serviço objeto do certame, como pode ser verificado no art. 9º, § 2º da lei nº 12.462/11, a seguir:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

[...]

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

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

Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.”

⁷⁰ Lei nº 8.666/93. Art. 10 As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I - execução direta; II - execução indireta, nas seguintes modalidades: II - execução indireta, nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) (Vetado). d) tarefa; e) empreitada integral.

Ademais, também dispõe acerca dos documentos a acompanharem o anteprojeto de engenharia o art. 74, § 1º do Decreto nº 7.581/11, a seguir:

§ 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:

I - concepção da obra ou serviço de engenharia;

II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

III - levantamento topográfico e cadastral;

IV - pareceres de sondagem; e

V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

O orçamento dos custos totais da obra será estipulado com fulcro no art. 9º, II da Lei nº 12.462/11, o qual aduz que:

“o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.”

Verifica-se, desta maneira, que há certa insegurança ao particular contratado no que concerne ao valor da obra, vez que, com a exclusão do projeto básico do ato convocatório, o orçamento será estabelecido em momento posterior a contratação, podendo acarretar prejuízos financeiros, vez que pode haver erros na avaliação dos custos a serem arcados e o real valor da obra, inclusive sendo de sua responsabilidade arcar com os custos decorrentes de uma possível revisão.

Esta responsabilidade materializa-se com a vedação da realização de termos aditivos aos instrumentos firmados mediante adoção do regime da contratação integrada prevista no § 4º do art. 9º, salvo se destinada a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de caso fortuito ou força maior (inciso I), ou a alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não

decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei Geral de Licitações (inciso II).

Desta forma, busca-se impedir que sejam revisados os termos do contrato com a suposta alegação da empresa contratada de ser inviável a execução da obra ou do serviço com base nas condições pactuadas ou no valor realizado por outra empresa. Isso ensejava, no fim das contas, um custo bem maior à Administração daquele previsto inicialmente.

O instituto da contratação integrada é matéria controversa, sendo objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal: a Adin nº 4.655, promovida pelo Procurador Geral de Justiça, e a Adin nº 4.645, ajuizada pelos partidos políticos DEM, PSDB e PPS.

Acerca do tema, o *parquet* [Ministério Público] contesta, em suma, a inconstitucionalidade do regime em virtude de contrariar os objetivos da licitação, quando prevê a possibilidade de junção dos projetos básico e executivo na mesma pessoa contratante. Sustenta, ainda, que, com a substituição do projeto básico pelo anteprojeto de engenharia no instrumento convocatório, não é possível caracterizar o objeto do certame, ferindo a objetividade do julgamento.

Em relação aos partidos políticos, estes sustentam, também, que o anteprojeto não especifica de maneira suficiente o objeto da licitação, ofendendo o princípio constitucional do julgamento objetivo, permeando de subjetivismo a decisão do poder público em relação ao vencedor do certame.

A respectiva controvérsia, assim como os demais temas debatidos nas Adins, serão pormenorizadamente analisados no próximo capítulo do presente trabalho.

2.1.2. COMISSÃO DE LICITAÇÃO

A comissão de licitação do Regime Diferenciado de Contratações está prevista no art. 34 da lei nº 12.462/11, conforme os termos abaixo transcritos:

Art. 34. As licitações promovidas consoante o RDC serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de licitações, composta majoritariamente por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da Administração Pública responsáveis pela licitação.

§ 1º As regras relativas ao funcionamento das comissões de licitação e da comissão de cadastramento de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento.

§ 2º Os membros da comissão de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que houver sido adotada a respectiva decisão.

Desta maneira, denota-se, em suma, que a função, composição e responsabilidade da comissão não se diferenciam daquilo que foi previsto para a lei geral de licitações.⁷¹ Todavia, o § 1º do dispositivo supra delega a Administração a missão de estabelecer regras concernentes ao bom funcionamento das comissões julgadoras, por meio de regulamento.

O parágrafo em questão visa, ao tratar acerca da respectiva delegação, expandir o rol de competências da comissão, a ensejar maior eficiência em sua atuação. A respectiva matéria já restou regulamentada pelo art. 7º do Decreto nº 7.581/11, nos termos subseqüentes:

Art. 7º São competências da comissão de licitação:

I - elaborar as minutas dos editais e contratos ou utilizar minuta padrão elaborada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, e submetê-las ao órgão jurídico;

II - processar licitações, receber e responder a pedidos de esclarecimentos, receber e decidir as impugnações contra o instrumento convocatório;

III - receber, examinar e julgar as propostas conforme requisitos e critérios estabelecidos no instrumento convocatório;

IV - desclassificar propostas nas hipóteses previstas no art. 40;

V - receber e examinar os documentos de habilitação, declarando habilitação ou inabilitação de acordo com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

⁷¹ Lei nº 8.666/93. Art. 6º: Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XVI: Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

VI - receber recursos, apreciar sua admissibilidade e, se não reconsiderar a decisão, encaminhá-los à autoridade competente;

VII - dar ciência aos interessados das decisões adotadas nos procedimentos;

VIII - encaminhar os autos da licitação à autoridade competente para adjudicar o objeto, homologar a licitação e convocar o vencedor para a assinatura do contrato;

IX - propor à autoridade competente a revogação ou a anulação da licitação; e

X - propor à autoridade competente a aplicação de sanções.

§ 1º É facultado à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, promover as diligências que entender necessárias.

§ 2º É facultado à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

2.1.3. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O edital é considerado a lei da licitação. É nele que estão previstas as regras do certame, abordando questões imprescindíveis a serem observadas por aqueles que visam firmar um contrato com o Poder Público, como a descrição do objeto da licitação e as exigências do ente público, dentre outros.

De maneira geral, o instrumento convocatório referente às contratações realizadas sob a égide do Regime Diferenciado de Contratações em nada difere daquele concernente àquelas elaborar com fulcro na Lei Geral de Licitações. Todavia, há uma inovação deveras importante, a mais polêmica do Regime Diferenciado de Contratações, a previsão do sigilo de orçamento.

Tal instituto está previsto no art. 6º, *caput* e § 3º da lei nº 12.462/11, a seguir:

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

[...]

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

Isso posto, denota-se que os termos das propostas permanecerão sob sigilo até o momento de encerramento da licitação, restando, durante o andamento do certame, disponível apenas para os órgãos de controle interno e externo, para que seja avaliado se tais estimativas assentam-se em pesquisas a respeito dos valores utilizados no mercado, objetivando evitar superfaturamento de preços.

Ademais, sonante ao previsto no dispositivo supra, o decreto nº 7.581/11, que, conforme já citado no presente trabalho, regulamenta a lei criadora do RDC, em seu art. 9º, aduz que:

O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.⁷²

Resta, contudo, disponível a conjectura de gastos aos órgãos de controle interno e externo.

Registre-se que há situações nas quais o sigilo do orçamento não será aplicado, quais sejam: quando o critério de julgamento adotado for o de maior desconto⁷³, o de melhor técnica⁷⁴ ou o de maior oferta.⁷⁵

O instituto foi prescrito pelo legislador ordinário visando dar uma maior eficiência a contratação. As propostas devem respeitar o orçamento previsto pelo ente público: caso a oferta de execução da obra ou serviço seja superior ao valor estipulado, ela será desclassificada.

Ademais, quando orçamento é previamente divulgado pela administração, os licitantes apresentam propostas próximas ao valor estipulado, apenas para não incorrerem em uma eliminação do certame, e essas ofertas são, muitas vezes,

⁷² Art. 9º, § 1º do Decreto nº 7.581/11.

⁷³ Art. 6º, § 1º da Lei nº 12.462/11.

⁷⁴ Art. 6º, § 2º da Lei nº 12.462/11.

⁷⁵ Art. 9º, § 2º, III do Decreto nº 7.581/11.

discrepantes dos valores em que geralmente realizam a mesma obra ou serviço objeto da licitação, dificultando, em algumas situações, a obtenção da proposta mais vantajosa ao ente público.

Existe, do mesmo modo, a necessidade de tentar evitar os cartéis: com o regime geral de licitações e a obrigatoriedade da prévia divulgação do orçamento, empresas do mesmo ramo estavam acordando entre si quem seria o vencedor de determinada licitação, oferecendo propostas acima do valor divulgado, enquanto apenas uma dentre as componentes da associação ilícita ofertava algo dentro do limite orçamentário. Assim, somente uma oferta atenderia às exigências do ente licitante, restando vencedora do certame.

Diante dos fatos relatados, o legislador chegou à conclusão que, com o sigilo dos orçamentos, restariam obrigados os postulantes a contratação a reduzir as ofertas ao máximo possível, a fim de que não acarrete em uma possível eliminação da disputa caso seja superior às estimativas do ente licitante, a ensejar uma maior vantagem à Administração, além de coibir a prática dos cartéis.

A crítica sobre o instituto recai sobre o cerceamento aos cidadãos da possibilidade de controle prévio dos valores gastos na licitação, vez que apenas ter-se-á acesso às referidas informações em momento posterior à finalização do procedimento licitatório, ou seja, após a adjudicação do objeto.

Outra crítica à matéria seria uma suposta ofensa ao princípio da publicidade, rechaçada por alguns doutrinadores, vez que na própria Lei Geral há previsão de uma hipótese em que é possibilitado ao administrador recorrer ao “sigilo das propostas”⁷⁶, nos casos em que se os licitantes tivessem acesso às propostas que antecederam à sua antes da abertura dos envelopes em ato público estariam diante de informação privilegiada, o que levaria à especulação e inviabilizaria a lisura do certame⁷⁷.

⁷⁶ Art. 43, §1º, lei 8.666/93.

⁷⁷ PACHECO, Alexandre Lopes Filho. *Diretrizes constitucionais. Sigilo do orçamento da Copa não ofende princípios*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-ago-21/sigilo-orcamento-copa-nao-ofende-principio>publicidade > Acesso em: 13.04.2014

Este tema será abordado minuciosamente no momento que tratarmos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o STF arguindo a constitucionalidade de alguns institutos do Regime Diferenciado de Contratações.

2.1.4. PUBLICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Há duas inovações em relação à publicação do instrumento convocatório previstas na lei nº 12.462/11, à luz da lei nº 8.666/93. A primeira está prescrita no art. 15, § 1º, II da norma criadora do RDC, a seguir:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

Isto posto, depreende-se da leitura do dispositivo supra que, além da publicação em Diário Oficial e em jornal de grande circulação, já prevista pelo regime geral, a norma inovou prevendo a imprescindibilidade de divulgação em sítio eletrônico oficial do ente público contratante.

A segunda mudança visando dar maior eficiência ao procedimento é outro fator polêmico do Regime Diferenciado de Contratações. O art. 15, § 2º da referida lei prevê que:

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

Esta disposição também é objeto de Ação de Direta de Inconstitucionalidade, em virtude de uma suposta afronta, mais uma vez, ao princípio da publicidade, o que será discorrido pormenorizadamente no próximo capítulo.

2.2. FASE EXTERNA

Da mesma forma observada na fase interna de licitação, a fase externa da licitação conduzida no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, de maneira geral, apresenta as mesmas características previstas na Lei Geral de Licitações, tais como a habilitação, o julgamento das propostas e dos recursos, a homologação e a adjudicação. A diferença entre os dois regimes consubstancia-se, essencialmente, na forma de realização do certame, na possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento e a fase recursal única.

Passa-se, agora, à análise destas inovações.

2.2.1. FORMA DE REALIZAÇÃO ELETRÔNICA

Consoante art. 13 da lei nº 12.462/11, a forma de realização da licitação sob a égide do Regime Diferenciado de Contratações deverá ser procedida preferencialmente sob a forma eletrônica, admitindo-se, excepcionalmente a presencial, podendo a Administração, inclusive, determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.⁷⁸

A forma de realização da contratação foi tratada de maneira simplista pelo legislador ordinário, vez que não especifica de maneira detalhada as alterações no procedimento em virtude dessa transformação. Entretanto, para que ocorra a licitação na forma eletrônica, basta a determinação por parte do ente no ato convocatório.⁷⁹

A norma não necessita de ulterior regulamentação. Sempre no caso concreto deve o ente licitante incluir no ato convocatório, pormenorizadamente, a previsão do

⁷⁸ Art. 13, parágrafo único, Lei nº 12.462/11.

⁷⁹ PEREIRA, César A. Guimarães. *Procedimento Licitatório da Lei nº 12.462: Licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado*. Disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf > p.5. Acesso em 13.05.2014.

procedimento eletrônico a ser adotado, com a possibilidade, inclusive, de previsão de prazos mais dilatados quando comparados aos dispostos no art. 15 da lei nº 12.462/11, a fim de que os licitantes possuam tempo razoável a se adaptar às regras do procedimento.⁸⁰

Vale ressaltar que, o decreto nº 7.581/11 previu mais uma regra no que pertine ao procedimento eletrônico do RDC. A norma regulamentadora da lei instituidora do RDC, em seu art. 13, § 2º, aduz que as licitações realizadas sob a forma eletrônica poderão seguir os ditames do sistema eletrônico utilizado para a modalidade licitatória do pregão, previsto no Decreto nº 5.450/05, objetivando dar maior eficácia ao princípio da impessoalidade.

Ressalte-se que, se escolhida a forma eletrônica no RDC, não é obrigatório ao poder público que a licitação seja procedida seguindo aquilo que reza o ordenamento para a modalidade de pregão. No entanto, caso seja decidido a sua utilização, haverá 03 (três) consequências que decorrem de tal escolha: os interessados devem realizar um credenciamento prévio para participar do certame⁸¹; os licitantes devem, ainda, apresentar declaração aduzindo cumprir plenamente os requisitos de habilitação e de proposta exigidos no instrumento convocatório⁸²; por último, é de responsabilidade da Comissão de Licitação as competências previstas no Decreto nº 5.450/05 para o pregoeiro.⁸³

Por fim, importante registrar as vantagens advindas à Administração ao se utilizar da forma de realização de licitação em questão, através do ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho, em trecho subtranscrito, no qual aborda as

⁸⁰ PEREIRA, César A. Guimarães. *Procedimento Licitatório da Lei nº 12.462: Licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado*. Disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf > p.5-6. Acesso em 13.05.2014.

⁸¹ Decreto nº 5.450/05. Art. 13. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica: I - credenciar-se no SICAF para certames promovidos por órgãos da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e de órgão ou entidade dos demais Poderes, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que tenham celebrado termo de adesão;

⁸² Decreto nº 5.450/05. Art. 21. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas. [...] § 2º Para participação no pregão eletrônico, o licitante deverá manifestar, em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório.

⁸³ PEREIRA, César A. Guimarães. *Procedimento Licitatório da Lei nº 12.462: Licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado*. Disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf > p.7. Acesso em 13.05.2014.

benefícios da utilização da forma eletrônica frente à presencial na modalidade licitatória do pregão:

O pregão eletrônico apresenta algumas vantagens em relação ao presencial. Primeiramente, reduz-se o uso de papel, já que os atos se produzem pela internet. Depois, há menor sobrecarga para o pregoeiro, já que há menos documentos para analisar. Ainda o pregão eletrônico é mais célere e eficaz quando se trata de licitação por itens ou por lotes. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproxima as pessoas e encurta distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração.⁸⁴

Diante do exposto, denota-se que o legislador ordinário, ao determinar que o administrador deve preferencialmente utilizar a forma eletrônica quando a licitação for realizada sob a égide do RDC, novamente visou atender aos princípios que ditam o respectivo regime, especialmente o da economicidade e o da celeridade.

2.2.2. INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E DE JULGAMENTO

O art. 12 da Lei nº 12.462/11 prevê o rol de fases a ser observado pelo administrador em licitações promovidas sob a égide do RDC: I – preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV – julgamento; V – habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento.

O parágrafo único do dispositivo supra aduz que:

a fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório”

Assim, a lei admite a inversão das fases de habilitação e julgamento, desde que justificado pelo ente licitante e previsto no instrumento convocatório.

A fase de habilitação consiste na análise da idoneidade e da capacitação dos interessados. O licitante deve comprovar possuir condições econômicas para a execução do objeto da licitação, estar em dia com suas obrigações fiscais e de

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 274

acordo com a legislação trabalhista, além de provar possuir condições técnicas para execução do objeto da licitação.

Em relação a fase de julgamento, o administrador deverá utilizar um dos critérios elencados no art. 18 da Lei nº 12.462/11, a seguir:

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I - menor preço ou maior desconto;

II - técnica e preço;

III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV - maior oferta de preço; ou

V - maior retorno econômico.

Registre-se que o respectivo critério de julgamento escolhido deverá estar citado no instrumento convocatório, conforme parágrafo único do preceptivo acima explicitado.

Consoante o disposto no art. 43 da lei nº 8.666/93, no regime geral de licitações, a Administração examina as propostas dos concorrentes apenas após vislumbrar a habilitação dos mesmos.⁸⁵

No que pertine ao regime especial objeto deste trabalho, há a possibilidade de o poder público licitante decidir pela inversão das fases de habilitação e julgamento. Desta maneira, seria analisada a idoneidade e a capacitação somente daquele que propusesse a melhor proposta.

Destaque-se que, a empresa a qual apresentou a oferta que melhor atende aos anseios do poder público é apenas provisoriamente vitoriosa. Caso sua documentação possua vícios ou irregularidades, ela será eliminada do certame, passando-se ao exame da habilitação do segundo colocado, e assim por diante, até encontrar um concorrente cuja documentação preencha todas as exigências do instrumento convocatório.

⁸⁵ Lei nº 8.666/93. Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; [...].

O legislador ordinário objetivou, desta forma, estabelecer um procedimento mais célere e menos burocrático do que aquele conjecturado no regime geral, a atender o interesse público. Ressalte-se que essa medida já era utilizada nos regimes de parceria público-privada (lei nº 11.079/04)⁸⁶ e de pregão (decreto nº 5.450/05).⁸⁷

2.2.3. FASE RECURSAL ÚNICA

A lei nº 8.666/93 prevê prazos recursais após cada decisão administrativa. Esta medida, apesar de atender aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, reduzia demasiadamente a celeridade do procedimento.

Visando desburocratizar o certame, a lei nº 12.462/11 lida com a fase recursal única, em seu art. 27, a seguir:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Isto posto, denota-se que o instituto da fase recursal única será aplicada em todos os procedimentos, salvo quando ocorrer a inversão de fases tratada no subtítulo anterior, ocorrendo, apenas, após a habilitação do licitante vencedor.

O presente instituto também já havia sido previsto nas leis instituidoras das normas gerais da modalidade licitatória do pregão e das parcerias público-privadas.

Por fim, importante destacar que, caso não seja adotada a inversão de fases pelo ente público licitante, a fase recursal segue o disposto na norma geral de licitação.

⁸⁶ Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004: Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

⁸⁷ PEREIRA, César A. Guimarães. *A inversão de fases e as alterações na fase da habilitação no Regime Diferenciado de Contratações (lei nº 12.462/11)*. Disponível em: < <http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Monica.pdf> > p.4. Acesso em 12.05.2014.

3. POLÊMICAS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Como já citado anteriormente, o RDC foi instituído com o escopo de viabilizar a infraestrutura necessária à realização da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Para proporcionar a execução dos referidos eventos, restava imprescindível a criação de um processo de contratações públicas mais flexível, resultando numa maior celeridade ao procedimento.

Apesar das supostas inovações advindas com o novo regime, efeito de certo grau de desburocratização do procedimento, existem diversas críticas ao RDC, sobretudo acerca da extensão de sua incidência para hipóteses não previstas, inicialmente, pelo legislador ordinário.

Ademais, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.645 e nº 4.655, cujas relatorias cabem ao Sr. Dr. Ministro Luis Fux, questionando a constitucionalidade da matéria em comento, sustentando vícios formais e materiais do regime.

A primeira, proposta pelos partidos políticos do PSDB, DEM e PPS, encontra-se concluso ao relator, desde 15 de agosto de 2013, após despacho de admissão de ingresso no feito, na qualidade de *“amicus curie”* [amigos da corte], da Associação Brasileira de Direito & Economia – ABD&E⁸⁸. A segunda foi proposta pelo Procurador Geral da República, e também situa-se concluso ao referido Ministro.⁸⁹

Nos próximos itens, iremos detalhar as principais questões arguidas em sede de ADIn.

3.1. SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS DO RDC

As ADIns nº 4.645 e a nº 4.655 pugnam pela inconstitucionalidade formal do instituto sustentando o abuso de poder de emendar, em direta afronta ao devido processo legal.

⁸⁸ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802#> >. Acesso em 27.05.14

⁸⁹ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4138546> >. Acesso em 27.05.14

A lei nº 12.462/11, criadora do Regime Diferenciado de Contratações, é fruto da conversão da Medida Provisória nº 527/11. Ocorre, entretanto, que a respectiva MP não tratava acerca do RD. Ela se limitava a tratar sobre, consoante os termos abaixo transcritos:

Altera a Lei nº10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

Desta forma, alega-se que há violação ao princípio do devido processo legal, postulado constitucionalmente resguardado, por carência de pertinência temática entre o conteúdo da Medida Provisória em questão e a emenda realizada.

Ademais, o art. 62 da Constituição Federal de 1988 trata acerca da edição das Medidas Provisórias, aduzindo que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

Assim, verificamos que um dos requisitos para a edição de uma MP é que o assunto a ser tratado possua relevância e a urgência. A verificação da (in) existência do pressuposto será realizado pelo Chefe do Poder Executivo.

Destarte, a Adin 4.645 questiona a constitucionalidade na forma como foi instituída o regime, vez que a matéria foi abordada apenas no momento do projeto de conversão em lei da referida MP, a afastar do Presidente da República o juízo de valor acerca dos requisitos previstos no supramencionado art. 62.

Em sentido contrário ao disposto, os defensores do regime aduzem que o projeto de conversão em lei de uma Medida Provisória e suas respectivas emendas devem, posteriormente, ser sancionadas ou vetadas pelo Presidente da República para surtir efeitos. Neste momento, então, seria possibilitado ao Chefe do Executivo aferir se as exigências constitucionais estariam presentes ou não.

3.2. SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS DO RDC

3.2.1. ORÇAMENTO SIGILOSO

Outra questão polêmica levantada pela ADIn nº 4.645 é pertinente ao instituto do orçamento sigiloso, previsto no art. 6º, § 3º da Lei nº 12.462/11, in verbis:

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

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. e que a lei nº 8.666/93.

Desta forma, por orçamento sigiloso entende-se ser a previsão de que o orçamento da contratação será tornado público apenas após o encerramento da licitação.

Sustentam os partidos políticos postulantes da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade que tal disposição carece de transparência, em flagrante afronta ao princípio da publicidade, tendo em vista que obsta o controle pelos cidadãos dos atos pertinentes ao procedimento.

No entanto, alguns administrativistas são favoráveis ao respectivo instituto. Nos dizeres de Marçal Justen Filho, ao tecer comentários acerca do instituto na lei nº 8.666/93:

Depois e como já se apontou anteriormente, a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz um enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei nº 8.666. É que se algum dos licitante obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou o preço máximo, é incentivo a condutas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe.⁹⁰

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética 2010, p. 550. in: <<http://jus.com.br/artigos/23098/limites-a-divulgacao-do-orcamento-estimado-no-edital-de-licitacao/2#ixzz31ud8qadv>> Acesso em 16.05.2014.

Com efeito, depreende-se que o sigilo do orçamento deve ser utilizado em situações nas quais poderá haver manipulação por parte dos licitantes se o orçamento for previamente conhecido, acarretando prejuízos ao alcance tanto da maior vantagem possível à Administração quanto do interesse público.

Ademais, ressaltam os defensores do instituto que o sigilo é apenas temporário, a fim de beneficiar o erário na obtenção da proposta mais vantajosa, não violando, assim, o princípio da publicidade. Salientam, da mesma maneira, que o sigilo não é aplicável aos órgãos de controle.⁹¹

3.2.2. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

Os partidos políticos PSDB, DEM e PPS sustentam ainda, por intermédio da Adin nº 4.645, a inconstitucionalidade do art. 10 da norma instituidora do Regime Diferenciado de Contratações, o qual reza:

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

Com efeito, verifica-se que é facultado ao poder público licitante determinar o regime de pagamento da forma no regime de remuneração variável, o qual será fixado com base na obtenção de determinados resultados pelo contratado.

Apesar de ser assegurado ao poder público o benefício de remunerar a outra parte somente no alcance de certas metas, o instituto ora em estudo é considerado inconstitucional porque, ao permitir ao gestor público escolhas discricionárias acerca de valores vinculados ao desempenho da outra parte contratada, possível seria a modificação injustificada dos valores previamente estabelecidos, violando os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Sustenta-se, por conseguinte, que, com a aplicação da forma de remuneração em tela, a conclusão da obra ou do serviço se tornaria uma mera faculdade do

⁹¹ PACHECO, Alexandre Lopes Filho. Diretrizes constitucionais. Sigilo do orçamento da Copa não ofende princípios. Conjur, 21 Ago. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-21/sigilo-orcamento-copa-nao-ofende-principio> publicidade>. Acesso em: 16.05.2014.

contratante, passível de uma espécie de recompensa quando realizada com êxito. O mais expedito e eficiente desempenho da atividade contratada é circunstância capaz de satisfazer melhor o interesse público, então tais circunstâncias deveriam estar contempladas no edital como sendo de atendimento obrigatório.⁹²

Em sentido contrário, há doutrinadores que sustentam haver o instituto consagrado mais uma vez o princípio da eficiência, tendo em vista que visa à promoção do desempenho da execução de seus contratos. Além disso, não há violação aos postulados da impessoalidade e da moralidade, vez que, apesar de a remuneração ser variável, deverá estar previsto em instrumento convocatório o teto orçamentário de gastos a ser estritamente observados pelo gestor público.

3.2.3. CONTRATAÇÃO INTEGRADA

O art. 9º da lei nº 12.362/11 prevê a possibilidade de utilização da contratação integrada, quando justificada, cujo objeto envolva inovação tecnológica ou técnica (inc. I), possibilidade de execução com diferentes metodologias (inc. II) ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado (inc. III).

Vale registrar, como já devidamente detalhado em capítulo anterior, que a contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo e a execução da obra propriamente dita pela mesma empresa.

Questiona-se a constitucionalidade de contratação integrada, pois, nos dizeres do Procurador Geral da República na ADIn nº 4.655:

[...]para que a Administração possa fixar as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", é fundamental um delineamento prévio e preciso do objeto licitado. Do contrário, as exigências podem ficar subavaliadas ou serem impertinentes ou exageradas, tudo em contrariedade aos postulados que regem a licitação pública, comprometendo, ao final, a sua razão de ser que é a eleição da melhor proposta para a administração.

Com isto, alega-se que, afastando-se o projeto básico do instrumento convocatório, carece o procedimento de um objeto delimitado, dando margens a um

⁹² ZOCKUN, Maurício. *Regime diferenciado de contratações: posição contrária Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regimediferenciado-de-contratacoes-posicao-contraria/9491> > Acesso em 17 de maio de 2014.

grau considerável de subjetividade do gestor público na escolha da melhor proposta, em afronta ao princípio do julgamento objetivo.

Posição favorável ao instituto Guilherme Jardim Jurksaitis leciona que:

Mas algo muito semelhante acontece quando se licita uma concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse caso, o edital também não contém um projeto básico da futura obra. E o motivo é simples. Ao invés de jogar para o licitante o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, a administração transfere a ele todos os riscos do projeto e de realização da obra. Assim, tanto a contratação integrada como as concessões atribuem ao particular os riscos inerentes à plena execução do que foi contratado. Por essa razão, a contratação integrada tentou ser mais restritiva em relação aos aditivos contratuais (art. 9º, § 4º). Ao transferir a elaboração do projeto básico para o particular, abre-se a possibilidade de soluções diferentes para a execução da obra, que podem ser mais econômicas e eficientes. O julgamento, nesses casos de contratação integrada, deverá obrigatoriamente ser por técnica e preço (art. 9º, § 2º, III), adotando-se critérios objetivos previstos pelo edital.⁹³

Desta forma, denota-se que o legislador ordinário, ao prever o respectivo instituto, vislumbrou uma maneira de prover de maior eficiência o RDC, pois, ao excluir da competência do administrador a delimitação objetiva da obra, transfere-se ao particular a elaboração do projeto básico, assumindo ele todos os riscos pertinentes, obrigando-o a buscar soluções mais vantajosas e econômicas a se enquadrar no orçamento previsto pelo gestor público.

Além disso, aduzem que em substituição ao projeto básico, prevê-se que o gestor público promova o anteprojeto de engenharia, o qual deverá estabelecer os elementos imprescindíveis a ensejar a futura definição do objeto a ser contratado.

3.2.4. DISPENSA DE PUBLICIDADE

Em relação ao tema em ora em estudo, questiona-se a constitucionalidade da dispensa de publicação prevista no art. 15, § 2º da lei nº 12.462/11, a seguir:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as

⁹³ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 17.05.2014.

hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

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

Consoante o dispositivo supra, dispensa-se a publicação em Diário Oficial nas hipóteses de licitações cujas obras não ultrapassem o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e cujos serviços possuam custos abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), bastando, para consagrar o postulado, ao administrador publicar em sítio eletrônico oficial do ente público licitante.

Os autores das referidas ADIns alegam que o postulado da publicidade não pode sofrer restrições, devendo, sempre que possível, serem publicados em Diário Oficial os atos do gestor público os quais dão andamento ao procedimento licitatório, ressalvados aqueles que necessitam de sigilo para a manutenção da segurança da sociedade e do Estado.

Aqueles que são favoráveis ao instituto aduzem haver a lei nº 12.462/11, ao prever a dispensa de publicação, novamente buscado a máxima eficácia do princípio da eficiência. Com a obrigatoriedade da publicação em sítio eletrônico e não em Diário Oficial, o legislador ordinário visou alterar os aspectos do conceito de publicidade no Brasil, incentivando o desenvolvimento tecnológico, dando menor importância, nas hipóteses anteriormente citadas, à publicação em Diário Oficial.

3.3. EXTENSÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Inicialmente, o RDC foi instituído exclusivamente para viabilizar as obras de infraestrutura a ensejar a realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, além das obras de infraestrutura relativas aos aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos eventos esportivos.⁹⁴

Todavia, o respectivo rol de incidência foi estendido às obras concernentes ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC⁹⁵, ao Sistema Único de Saúde – SUS⁹⁶ e à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.⁹⁷

Ademais, em tramitação na Comissão Mista do Senado Federal encontra-se o projeto de conversão em lei da Medida Provisória nº 630/13, cuja relatora é a senadora Gleisi Hoffman, do Partido dos Trabalhadores do Paraná (PT-PR), prevendo a extensão dos efeitos do RDC a todos os procedimentos licitatórios.

A base do governo manifestou-se defendendo a questão, alegando que o regime acarretou maior celeridade ao certame, conforme dados estatísticos levantados pela relatora, *in verbis*:

Nós tivemos, sim, uma agilização muito significativa no tempo de realização da obra. Se formos fazer uma concorrência pública, o tempo médio de realização de obra da Infraero, obra ou reforma de aeroporto, são 135 dias. Se for uma tomada de preços, 83 dias. Se for por RDC, 53 dias.

A oposição manifestou-se contrariamente ao projeto, alegando, em suma, que há o risco de o controle do processo licitatório, com o novo regime, sair das mãos do

⁹⁴ Art. 1º, I e II da lei nº 12.462/11.

⁹⁵ Art. 1º, IV da lei nº 12.462/11 (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012).

⁹⁶ Art. 1º, V da lei nº 12.462/11 (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012).

⁹⁷ Art. 1º, VI da lei nº 12.462/11 (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013).

gestor público e passar às das empreiteiras, impossibilitando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.⁹⁸

Maurício Zockun alude ao risco que poderá assumir a Administração ao estender os efeitos do RDC a todas as licitações, lecionando que:⁹⁹

Ainda que manifestavelmente indesejável, a aplicação do RDC em sua redação original – sem, portanto, a inserção do PAC – causaria dano jurídico limitado no tempo. Isso porque suas disposições normativas foram inicialmente concebidas para produzir efeitos até o término dos aludidos eventos esportivos.

Com a inclusão do PAC no rol de bens passíveis de licitações e contratações públicas por meio do RDC, os danos jurídicos já não são mais limitados no tempo. E nesta condição, a procedência das ADIs nºs 4.645 e 4.655 poderá, ao final, ensejar a declaração de nulidade das licitações que, adotando o rito do RDC, forem volvidas ao PAC. E, neste caso, se for possível, terão que ser novamente licitadas sob o manto da Lei 8.666.

Desta forma, conclui o administrativista que, com a ampliação da aplicação do RDC a situações não temporariamente limitadas, como o PAC, a Administração assume o risco de, caso sejam julgadas procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade estudadas em itens anteriores, ser obrigada a anular a contratações realizadas e proceder a novas licitações.

⁹⁸ Senador Jarbas Vasconcelos (PMDB-PE): “O Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e mais dez entidades de arquitetura e engenharia são contra a ampliação do RDC, que transfere às empreiteiras o poder de projetar. Quero registrar meu inconformismo contra essa medida. É uma imoralidade sem limites. Querem fazer caixa dois para aumentar ainda mais o poder do PT” . Disponível em: < <http://www.iab.org.br/noticias/senadores-da-oposicao-e-da-base-aliada-criticam-extensao-do-rdc> > Acesso em: 17.05.14.

⁹⁹ ZOCKUN, Maurício. *Regime diferenciado de contratações: posição contrária Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regimediferenciado-de-contratacoes-posicao-contraria/9491> > Acesso em 13 de maio de 2014.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meados da última década, o Brasil atravessou de maneira estável as crises que assolaram a economia mundial passando a desempenhar um papel importante na conjectura internacional. A fim de confirmar de vez a sua posição na estrutura externa, o País firmou o compromisso de organizar a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Em toda a extensão deste trabalho, o autor intentou demonstrar que a lei nº 8.666/93 foi instituída com o escopo de regulamentar o procedimento de contratações públicas previsto na Constituição Federal de 1988. Todavia, de sua criação já se passam 21 (vinte e um) anos. O panorama econômico que passa o País e a economia mundial é diverso daquele vislumbrado àquela época, e é indiscutível a imprescindibilidade de inovações que tornem o procedimento mais célere e desburocratizado.

Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 527/11, convertida na lei nº 12.462/11, tratando, dentre outras matérias, do Regime Diferenciado de Contratações. O legislador ordinário, ao criar o RDC, objetivou tornar mais eficiente o processo licitatório, a fim de viabilizar as obras e serviços concernentes a estrutura dos eventos supracitados, de maneira a satisfazer as peculiaridades e as exigências de seus Comitês Organizadores.

O RDC prevê diversos institutos não elencados ou até vedados pela lei nº 8.666/93, a ensejar maior eficiência no procedimento, tornando-o mais célere, com o escopo de desemperrar a máquina pública em relação às licitações pertinentes às obras e serviços públicos.

Como exemplo das inovações advindas com o novo regime, têm-se a contratação integrada, o sigilo dos orçamentos, a dispensa de publicidade em Diário Oficial em algumas situações, a inversão das fases de julgamento e de habilitação e a fase recursal única, dentre outras.

No entanto, a burocracia dos procedimentos licitatórios regidos pela lei nº 8.666/93 objetiva o controle dos gastos pelos gestores públicos. A carência de fiscalização da contratação pode acarretar mais consequências negativas ao erário do que o lapso temporal decorrente do processo.

Além disso, a morosidade das contratações realizadas pelo poder público não pode ser relacionada apenas ao excesso de formalidades da norma geral. Vale registrar que várias obras promovidas com fulcro nos ditames do RDC estão inacabadas, como o Aeroporto Internacional Pinto Martins, localizado em Fortaleza, Ceará, ofendendo o postulado fim do instituto, ou seja, o princípio da eficiência.

Desta forma, apesar de o formalismo exacerbado ser também um dos fatores decisivos da demora na execução, há outros mais determinantes a ensejar a não conclusão das obras, tais como a carência de fiscalização do adimplemento dos instrumentos pactuados e de habilidade técnica existente nos quadros da Administração.

Outrossim, a lei nº 12.462/11 sofreu várias críticas porque, por ser objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, asseveram os críticos assumir o poder público um risco demasiado de, caso seja declarada a inconstitucionalidade do instituto em tela, necessitar a Administração licitar novamente em relação às obras contratadas mediante o RDC.

Assim sendo, para estes analistas, mais razoável seria o Estado, antes de aplicar o regime especial a toda e qualquer contratação pública, aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da questão em comento, resguardando os cofres públicos destes possíveis prejuízos.

Ocorre, todavia, que o Supremo Tribunal Federal adota para suas decisões a chamada modulação temporal dos efeitos: decisão em controle concentrado que declara lei inconstitucional produz efeitos *ex tunc* [a partir de então], ou seja, retroativos. Contudo, há hipóteses nas quais a retroatividade pode causar severas lesões a segurança jurídica e ao interesse social.

Neste caso, é previsto no art. 27 da lei nº 9.868/99 (norma regulamentadora da Adin e da ADC), ser possível, em situações extremas, nas quais a declaração de

inconstitucionalidade de uma lei poderia gerar consequências mais gravosas que a própria norma estaria causando, atribuir o STF efeito *ex nunc* [a partir de então] às decisões, mediante 2/3 dos votos dos ministros.

Assim sendo, na situação em apreço, provavelmente seria empregada a respectiva modulação, visando a manutenção dos contratos firmados, evitando danos maiores ao erário, a fim de resguardar a segurança jurídica e o interesse social.

REFERENCIAIS

Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005

Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002

Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004

Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011

Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011.

Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012

Lei nº 12.722, de 03 de outubro de 2012

Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012

Lei nº 12.833, de 20 de junho de 2013

Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000

Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011

Medida Provisória nº 630, de 24 de dezembro de 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534.

ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 543.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 274

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 19.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 368.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo:Atlas, 1997. p. 266. in: < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/153/240> > Acesso em: 15.05.14.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 532.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 17 de maio de 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 234.

_____, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.309

_____, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética 2010, p. 550. in: < <http://jus.com.br/artigos/23098/limites-a-divulgacao-do-orcamento-estimado-no-edital-de-licitacao/2#ixzz31ud8qadv> > Acesso em 16 de maio de 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 22.

_____, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. atualizada por José Emmanuel Burle Filho: São Paulo, Malheiros, 2010.

PACHECO, Alexandre Lopes Filho. *Diretrizes constitucionais. Sigilo do orçamento da Copa não ofende princípios*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-ago-21/sigilo-orcamento-copa-nao-ofende-principiopublicidade> > Acesso em: 13 de maio de 2014.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Modalidades de licitação: da concorrência ao pregão*. A inversão do procedimento de habilitação e julgamento e a polêmica Medida Provisória nº 2026/00. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2363>>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Procedimento Licitatório da Lei nº 12.462: Licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado*. Disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Cesar_RDC.pdf > p.5. Acesso em: 13 de maio de 2014.

_____, César A. Guimarães. *A inversão de fases e as alterações na fase da habilitação no Regime Diferenciado de Contratações (lei nº 12.462/11)*. Disponível

em: < <http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Monica.pdf> > p.4. Acesso em: 12 de maio de 2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo:Saraiva, 1991. p. 44.

ZOCKUN, Maurício. *Regime diferenciado de contratações: posição contrária Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regimediferenciado-de-contratacoes-posicao-contraria/9491> > Acesso em: 13 de maio de 2014.

Tribunal de Contas nº 004809/1999-8, Decisão 695-99, p. 203, DOU em 08.11.99.

DEM, PPS E PSDB. *Petição inicial – Adin nº 4645*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4645&processo=4645>> Acesso em: 13 de maio de 2014.

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/465744-POSICAO-CRITICA-AMPLIACAO-DO-RDC-PARA-TODAS-AS-OBRA-PUBLICAS.html>. Acesso em: 14 de maio de 2014.

<http://www.iab.org.br/noticias/senadores-da-oposicao-e-da-base-aliada-criticam-extensao-do-rdc> . Acesso em: 17 de maio de 2014.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802#> >. Acesso em 27 de maio de 2014.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4138546> >. Acesso em 27 de maio de 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Petição inicial – Adin nº 4655*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4655&processo=4655> > Acesso em 13 de maio de 2014.