



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

FRANCISCO SAMIR BARROS LEAL REIS ALVES

**ANÁLISE DOS CONTRATOS DE RISCO E DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES COMO FORMA DE ELEVAR OS
NÍVEIS DE EFICIÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

FORTALEZA
2015

FRANCISCO SAMIR BARROS LEAL REIS ALVES

**ANÁLISE DOS CONTRATOS DE RISCO E DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES COMO FORMA DE ELEVAR OS
NÍVEIS DE EFICIÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Cynara
Monteiro Mariano.

FORTALEZA

2015

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

-
- A474a Alves, Francisco Samir Barros Leal Reis.
 Análise dos contratos de risco e da contratação integrada no regime diferenciado de contratações como forma de elevar os níveis de eficiência das contratações públicas / Francisco Samir Barros Leal Reis Alves. – 2015.
 72 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.
 Área de Concentração: Direito Administrativo.
 Orientação: Prof^ª Dra. Cynara Monteiro Mariano.
1. Contrato público - Brasil. 2. Licitação pública – Brasil. 3. Administração pública - Brasil. I. Mariano, Cynara Monteiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 351.712

FRANCISCO SAMIR BARROS LEAL REIS ALVES

**ANÁLISE DOS CONTRATOS DE RISCO E DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES COMO FORMA DE ELEVAR OS
NÍVEIS DE EFICIÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Cynara
Monteiro Mariano.

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Cynara Monteiro Mariano (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Thiago Barreto Portela
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Igor Moura Rodrigues
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, por ser.

Aos meus pais, por terem desempenhado com maestria a árdua missão de educar os filhos.

Ao meu irmão, por sempre acreditar em mim e sempre me lembrar da vida que passa e não volta.

À minha namorada, companheira fiel e inabalável de todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, pela vida.

Aos meus pais, Ana Maria Barros Leal Reis Alves e Raimundo Sergio Alves, por me ensinarem o valor de lutar pelo bem, pelo certo e pelo amor. Sem eles, a luta seria um ônus e não um bônus.

Ao meu irmão, José Antônio Barros Leal Reis Alves, que sempre serviu de espelho para mim, cujos reflexos espero, um dia, ter a honra de materializar. Me ensina a cada dia, mesmo com a distância, o valor da simplicidade, da vida e do amor.

A minha namorada, Amanda de Freitas Brilhante, por ser, na minha vida, a tradução do que é amar. Pelo apoio incondicional e por ser, juntamente com a minha mãe, a melhor profissional que conheço.

Aos amigos de infância que cresceram comigo no edifício onde moro, por me mostrarem, desde muito cedo, que podemos amar uns aos outros, mesmo com diferenças e desentendimentos, independente de raça, idade, sexo etc. Também por me mostrarem, mesmo sem querer, o melhor caminho a seguir.

Aos amigos que a vida me deu nos felizes dias em que estagiei na Procuradoria Geral da Universidade Federal do Ceará.

Aos amigos do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, por terem tornado a caminhada na Universidade prazerosa e digna de imenso saudosismo.

Quanto aos amigos, prefiro não nomeá-los, pois são incontáveis, tendo em vista que até mesmo os inimigos ajudam em nosso crescimento e são dignos de nosso amor.

À Universidade Federal do Ceará por fornecer uma educação pública de alta qualidade, com equipe docente qualificada e estrutura física de excelência.

A todos os professores que passaram por minha vida, pois desempenham a função mais bela e importante de todas.

Agradeço também à Professora e orientadora Cynara Mariano, pelos ensinamentos repassados ao longo do desenvolvimento deste trabalho e por desenvolver seu ofício de docente de forma brilhante na Universidade Federal do Ceará.

Aos mestrandos Thiago Barreto Portela e Igor Moura Rodrigues pela prontidão e gentileza com as quais se dispuseram a colaborar com a avaliação deste trabalho.

"A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos".

(Charles Chaplin)

"Que minha dor seja motivo para o riso de alguém. Mas que meu riso jamais seja motivo para a dor de alguém".

(Charles Chaplin)

RESUMO

Na presente monografia serão analisados os contratos de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, os contratos de eficiência e a contratação integrada, no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, regido pela Lei nº 12.462/11, como inovações legislativas capazes de elevar os níveis de eficiência das contratações públicas no Brasil. O tema é de fundamental relevância, tendo em vista a necessidade, há muito demonstrada, de inovar o procedimento licitatório no País. A pesquisa foi desenvolvida por meio de pesquisas bibliográficas, em que foi realizada revisão de literatura, de natureza qualitativa e exploratória. Far-se-á, inicialmente, uma análise da licitação no Brasil, analisando-se, posteriormente, o regime diferenciado de contratações em um aspecto geral. Será analisado também o princípio da eficiência no ordenamento jurídico nacional, seu desenvolvimento histórico e seu papel atual no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, examinar-se-á, mais especificamente, os institutos inovadores dos contratos de risco e da contratação integrada e a relação destes com a eficiência das contratações públicas. Revela-se, ao final, que os institutos analisados podem trazer resultados positivos para os contratos públicos, bem como eventuais lacunas e equívocos do texto legal que deverão ser sanados.

Palavras-chave: Licitação. Lei nº 12.462/11. Decreto nº 7.581/11.

ABSTRACT

In this work the variable compensation agreements linked to the performance of the contractor, contracts for efficiency and integrated contracting, under the Differentiated Regime of Contracts governed by Law No. 12,462 / 11, as legislative innovations that raise levels of efficiency of public procurement in Brazil will be analyze. The issue is of fundamental importance in view of the need, have long demonstrated, to innovate the bidding process in the country. The research was developed through bibliographic research, it was performed literature review, qualitative and exploratory nature. Initially, the bid analysis in Brazil will done, analyzing, subsequently, the differentiated regime for contracts in a general appearance. It will also review the principle of efficiency in national law, its historical development and its current role in the Brazilian legal system. Finally, it will be examined, more specifically, the innovative institutes of risk contracts and integrated procurement and their relation with the efficiency of public procurement. It is revealed at the end, that analyzed institutes can bring positive results for public procurement, as well as any gaps and misconceptions of the legal text that should be remedied.

Keywords: public procurement. Law No 12,462/11. Regulatory law nº 7.581/11.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL.....	12
2.1 Considerações gerais.....	14
2.2 Finalidades.....	15
2.3 Princípios específicos.....	17
<i>2.3.1 Princípio do julgamento objetivo.....</i>	<i>17</i>
<i>2.3.2 Sigilo das propostas.....</i>	<i>19</i>
<i>2.3.3 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....</i>	<i>20</i>
<i>2.3.4 Princípio do procedimento formal.....</i>	<i>21</i>
<i>2.3.5 Princípio da adjudicação compulsória.....</i>	<i>21</i>
3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO... 	23
3.1. Histórico.....	23
<i>3.1.1 Do modelo de administração patrimonial ao gerencial.....</i>	<i>23</i>
<i>3.1.2 A emenda Constitucional n° 19/98.....</i>	<i>25</i>
3.2 Princípio da eficiência.....	27
4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (LEI N° 12.462/11).....	29
4.1 Histórico do regime diferenciado de contratações.....	29
4.2 Âmbito de aplicação.....	31
4.3 Objetivos.....	33
<i>4.3.1 A ampliação da eficiência e da competição.....</i>	<i>34</i>
<i>4.3.2 O aprimoramento das práticas.....</i>	<i>36</i>
<i>4.3.3 O incentivo à inovação tecnológica.....</i>	<i>36</i>
<i>4.3.4 Isonomia e vantajosidade.....</i>	<i>37</i>
5 OS CONTRATOS DE RISCO E A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO RDC.....	39
5.1 Os contratos de risco no regime diferenciado de contratações.....	39

<i>5.1.1. Contratos de remuneração variável vinculada ao desempenho.....</i>	40
<i>5.1.2 Contratos de eficiência.....</i>	46
<i>5.1.3 Diferenças entre o contrato de remuneração variável vinculada ao desempenho e os contratos de eficiência.....</i>	55
5.2 Contratação integrada.....	56
6. A RELAÇÃO DOS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA E DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA COM A EFICIÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	64
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho está relacionado com as inovações trazidas ao procedimento licitatório pela Lei nº 12.462/11, que instituiu o regime diferenciado de contratações no ordenamento jurídico brasileiro. Foram analisados, mais especificamente, as espécies de contratos de risco, quais sejam, remuneração variável vinculada ao desempenho e os contratos de eficiência e a contratação integrada, bem como a relação desses institutos com a elevação dos níveis de eficiência das contratações administrativas.

Os institutos inovadores da Lei nº 12.462/11 têm como objetivo projetar as contratações públicas a elevados níveis de eficiência, por meio da redução do tempo gasto com o procedimento licitatório e com os serviços realizados pelos particulares contratados; com a elevação da qualidade dos serviços prestados, bem como com a redução de despesas da Administração Pública.

A Lei nº 12.462/11 foi criada com o intuito de ser utilizada nos serviços de engenharia e obras preparatórios para a Copa das Confederações FIFA 2013, a Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. Posteriormente, teve seu campo de incidência ampliado por meio de alterações legislativas, passando a ser utilizada para obras do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, do Sistema Único de Saúde - SUS e para reforma e construção de unidades penais e unidades de atendimento socioeducativas.

Este trabalho tem, portanto, a finalidade de esclarecer as principais características da contratação integrada, dos contratos de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada e dos contratos de eficiência, no âmbito do regime diferenciado de contratações, relacionando os institutos com a elevação dos níveis de eficiência das contratações da Administração Pública, levando-se em consideração o papel cada vez mais relevante que o princípio da eficiência tem assumido no ordenamento jurídico pátrio.

O tema abordado apresenta relevância no âmbito da Administração Pública na medida em que a Lei nº 12.462/11 vem sendo utilizada como uma experimentação legislativa, de modo que, as alterações trazidas por ela que traduzam em resultados positivos para o Poder Público devem permanecer regulando as contratações públicas, mesmo após o fim dos megaeventos esportivos para os quais foi criada a lei.

Destaque-se ainda que, devido à implantação recente do regime diferenciado de contratações, muitos dos institutos inovadores trazidos por ele ainda não puderam ter sua

eficácia analisada na prática. Nesse contexto, a análise desses institutos é de grande relevância, no sentido de demonstrar as possíveis vantagens e desvantagens de sua utilização, bem como possíveis alterações que podem ser necessárias, para a obtenção de resultados satisfatórios.

O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas, em que foi realizada revisão de literatura, de natureza qualitativa e exploratória.

O primeiro capítulo aborda os aspectos gerais do procedimento licitatório no Brasil e analisa os princípios que regem o tema.

O segundo capítulo trata do princípio da eficiência, contextualizando sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo faz uma análise geral do regime de diferenciado de contratações, abordando a sua evolução legislativa, os objetivos e o âmbito de incidência desta modalidade licitatória.

No quarto capítulo são avaliados, mais especificamente, os institutos dos contratos de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, os contratos de eficiência e as contratações integradas.

O quinto capítulo relaciona os institutos analisados no quarto capítulo com a elevação dos níveis de eficiência nas contratações públicas.

2 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NO BRASIL

As contratações públicas em seus diversos aspectos, não poderiam ser realizadas ao alvedrio do administrador público, pois este não é o titular da *res* pública, cabendo a titularidade ao povo, sendo aquele apenas um mero gestor da coisa pública. Desse modo, criou-se o procedimento da licitação como forma de dar maior legitimidade e legalidade às contratações administrativas.

No Brasil, o processo licitatório sofreu várias transformações, tendo início com o Decreto nº 2.926/1862, que regulamentava as compras e alienações, que fora complementado com outras diversas leis. O Decreto nº 4.536/1992 regulou o tema no âmbito federal. O Decreto-Lei nº 200/1962, sistematizou a reforma administrativa federal. Já a Lei nº 5.456/1968 estendeu as normas licitatórias para os âmbitos estadual e municipal.

Todo este processo de estruturação da Licitação na legislação, ainda possuía muitas lacunas, pois dava margem a várias interpretações, resquícios de uma administração centralizadora e burocrática, que até certo momento fora viável. Por meio do processo de democratização, buscou-se uma nova maneira de governar. Neste ínterim, o processo licitatório ganhou notoriedade pelo Decreto-Lei nº 2.300/86, sendo atualizado em 1987, com os Decretos–lei nº 2.348 e 2.360, que pela primeira vez, instituíram o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionada à matéria licitação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a licitação passa a desfrutar de uma importância maior, tendo previsão expressa no art. 37, XXI do Texto Magno.¹

Embasado no Texto constitucional, em 21 de junho de 1993, foi promulgada a Lei nº 8.666/93, que é um marco para o procedimento licitatório no Brasil, passando por várias alterações desde sua promulgação, como a publicação da Lei nº 10.520/02, que regula o procedimento do pregão.

¹Constituição 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: 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.

2.1 Considerações gerais

O procedimento licitatório consiste em mais um dos importantes mecanismos de observância obrigatória pela Administração Pública com a finalidade de efetivar os princípios do Direito Administrativo nas contratações por ela celebradas.

Na lição de Mello (2005, p.494):

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Em síntese, licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a melhor proposta oferecida, tendo como critério de julgamento um dos tipos de licitação previstos na legislação, de modo que as contratações públicas alcancem uma maior eficiência e isonomia entre os licitantes. Nesse sentido, leciona Carvalho Filho (2012, p.234):

Podemos conceituar licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Por se tratar de um conjunto de atos concatenados, formalizados através de uma sequência de atividades realizadas pela Administração Pública e pelos interessados, a natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo com fim seletivo. Como assevera Cuesta (2012, p. 234), "procedimento é um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-las.

Ainda no que consiste à natureza jurídica das licitações, assevera Meirelles (2003, p.264):

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os

interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Esse conjunto de atos e atuações é muito importante para que a Administração Pública possa exercer um eficiente controle, interno e externo, sobre o procedimento licitatório como um todo, bem como para que se efetive a mais ampla publicidade do procedimento de modo que a maior quantidade possível de interessados participe do certame.

O inciso XXI, artigo 37 da Constituição Federal disciplinou a obrigatoriedade do procedimento licitatório para os entes da Administração Pública direta e todos os entes da Administração indireta, já que não foi editada a lei específica prevista no art. 173, §1º, III², da Constituição Federal. A disciplina abrange ainda os órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

De acordo com o artigo 22, XXVII da Carta Magna, compete à União editar normas gerais acerca de licitação, cabendo aos demais entes federativos estabelecer as normas específicas que tratem do tema.

A Lei nº 8.666/93 disciplina a matéria em âmbito nacional, sendo também a responsável por dispor acerca das normas gerais. Ocorre que, algumas normas constantes dessa legislação são específicas. Nesses casos, tais normas serão válidas apenas para a União, não possuindo validade para os demais entes³.

Em virtude da necessidade de atualizar o procedimento licitatório de acordo com a evolução do sistema jurídico nacional, foi sancionada a Lei nº 10.520/2002, que trata da modalidade do pregão e, mais recentemente, a Lei nº 12.462/11, que trata do Regime Diferenciado de Contratações, dentre outras de menor expressão.

2.2 Finalidades

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, *caput*⁴, traça as finalidades da licitação, de modo que elas são, na verdade, a tábua axiológica do procedimento licitatório no Brasil, pois as

² Constituição Federal: art. 173, §1º, III: A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

³ Na ADI nº 927-3/RS (Medida Cautelar). Rel. Min. Carlos Velloso, o STF decidiu que o disciplinado no art. 17, I, "b" e "c", II e §1º, da Lei nº 8.666/93, só poderia ser interpretado constitucional para bens da União.

⁴ Lei nº 8.666/93. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional

normas e os atos relacionados ao tema devem ser sempre interpretados à luz das finalidades e dos princípios pertinentes a ele. (CARVALHO, 2014, p. 419).

A licitação tem como finalidade viabilizar a melhor contratação possível para o poder público, buscando sempre a proposta mais vantajosa ao Estado, bem como permitir que qualquer pessoa tenha condições de participar das contratações públicas em igualdade de condições, desde que preencha os requisitos legais. Nesse sentido, a licitação almeja o interesse da coletividade, na medida em que busca garantir os contratos mais vantajosos à Administração, através de um tratamento isonômico aos licitantes.

É importante salientar que ambas as finalidades apresentam importância idêntica, de modo que, ao administrador não é permitido violar a isonomia com o pretexto de realizar uma contratação mais vantajosa. Nesse sentido, Justen Filho (2011, p. 844) leciona que "se prevalece exclusivamente a ideia de vantajosidade, a busca da vantagem poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias". Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia.

A Lei nº 12.349/10 acrescentou ao rol do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 o objetivo do desenvolvimento nacional sustentável. Dessa forma, o procedimento licitatório passou a ter como objetivos expressos: a busca pela melhor proposta, a isonomia e a garantia do desenvolvimento nacional sustentável.

De acordo com Carvalho Filho (2012, p. 234), os fundamentos do procedimento licitatório não se confundem com os objetivos da licitação. De acordo com o doutrinador, os fundamentos da licitação seriam a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidades.

No que concerne ao princípio da moralidade, Carvalho Filho (2012, p. 234) leciona:

A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa.

A dupla finalidade da licitação - obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados - são preocupações que permeiam as contratações públicas desde a Idade Média. Nesse período utilizou-se o sistema denominado "vela e pregão", que consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores

sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. ([Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010](#))

interessados faziam suas ofertas e quando se extinguia a chama, adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço. (MEIRELLES, 2003, p. 264)

2.3 Princípios específicos

Por ser um instituto do Direito Administrativo, a licitação respeita todos os princípios gerais da Administração Pública. No entanto, além desses, existem princípios específicos do procedimento licitatório, que serão aplicados apenas a esse instituto, denominados aqui de princípios específicos. Mello (2005, p. 502) impõe a tais princípios a nomenclatura de princípios cardeais.

Inicialmente, é interessante destacar o conceito de princípio considerado como uma máxima essencial, ou tábua axiológica, através do qual todo o tema deve ser interpretado e compreendido. Nesse sentido, clássica é a definição de Mello (1991, p. 230), devida à sua completude e robustez:

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra.

Destaque-se que, no contexto do constitucionalismo pós-positivista, também chamado de neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios foi reformulada, de modo que passou a ser reconhecida a normatividade aos princípios e sua distinção em relação às regras, passando aquele a ter um papel de maior destaque no sistema jurídico. (BARROSO, 2013, p. 337)

2.3.1 Princípio do julgamento objetivo

Carvalho Filho (2012, p.244) afirma que o princípio do julgamento objetivo é um corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. No princípio em análise, o

legislador quis descartar o uso de personalismos e subjetivismos em todas as fases do procedimento. Carvalho Filho (2012, p. 244) assim o conceitua:

[...] Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. Nesse sentido, é incontestável o art. 45 do Estatuto.

O princípio em análise está também em pleno acordo com os princípios da impessoalidade, da moralidade e da isonomia, tornando-se um dos mais importantes para os procedimentos licitatórios.

É bastante salutar a observação de Mello (2005, p. 506) no seguinte sentido:

Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento - muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados, nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Buscando dar uma maior efetividade ao princípio, o legislador previu no art. 45 da Lei nº 8.666/93 os tipos de licitação a serem adotados nos procedimentos licitatórios. No parágrafo quinto o legislador proibiu a utilização de outros tipos de licitação não previstos no artigo.⁵

Nesse diapasão, considera-se que o princípio em análise é composto por uma dupla proteção. A primeira consiste na obrigatoriedade do administrador julgar as propostas dos licitantes de acordo com o critério estabelecido no edital. A segunda, consiste na obrigatoriedade de o administrador estabelecer no instrumento convocatório, como critério de julgamento, os tipos de licitação previstos em lei.

É importante destacar ainda a inovação trazida nesse sentido pela Lei nº 12.462/11 que prevê em seu artigo 18, novos critérios de julgamento para as licitações realizadas sob sua égide, inovação muito bem aceita pela doutrina pátria.⁶

⁵ Lei nº 8.666/93. Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.[...]§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

⁶Lei nº 12.462/11. 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; ouV - maior retorno econômico.

Justen Filho (2013, p. 345) apresenta em sua obra em que consiste a fixação de parâmetros objetivos:

O critério de julgamento será sempre objetivo. Isso significa que o dito critério deve ser traduzido em parâmetros claros de avaliação objetiva da vantajosidade da proposta. Deve ser adotada solução que permita que o resultado do julgamento independa da personalidade ou das características pessoais da autoridade julgadora. Em outras palavras, a identidade e as características da personalidade da autoridade julgadora não podem influenciar o julgamento e isso exige que o edital adote soluções que impeçam que a decisão seja fundada em idiosincrasias pessoais. Portanto, o edital deverá disciplinar a matéria de modo que a eventual alteração da própria composição da comissão julgadora não afete o resultado final

2.3.2 Sigilo das propostas

No procedimento licitatório, o valor das propostas de cada licitante são mantidas sob sigilo até a data da abertura dos envelopes, a ser feita em conjunto por todos os concorrentes, em sessão pública. O sigilo das propostas é utilizado na maior parte das modalidades de licitação e garante ao procedimento a impessoalidade, a moralidade, bem como a isonomia dos participantes do procedimento licitatório.

É importante destacar que, por questão de lógica, as modalidades licitatórias que possuem seus procedimentos baseados em lances, verbais ou por meio da *Internet*, não respeitam o princípio em análise, tendo em vista que seus lances devem ser conhecidos imediatamente por todos os participantes do procedimento. É o que ocorre nas modalidades do leilão, do pregão eletrônico e no modo de disputa aberto do regime diferenciado de contratações. Em alguns casos, a utilização de modalidades com o sigilo das propostas é mais vantajoso, em outros, é mais conveniente à Administração Pública valer-se de modalidades que não utilizem o sigilo das propostas. Existem ainda os casos em que seria de grande valia uma alternância no mesmo procedimento de uma fase sigilosa e outra em que as propostas sejam expostas.

Nesse diapasão, a Lei nº 12.462/11, trouxe uma inovação para o procedimento licitatório na medida em que prevê em seu artigo 16 a possibilidade de se realizar um procedimento aberto na modalidade RDC, em que não há o sigilo das propostas, ou fechado, caso em que seria respeitado o sigilo das propostas. Dessa forma, a publicidade antecipada das propostas dos licitantes varia de acordo com o caso concreto da licitação.

Ainda mais interessante é a previsão do artigo 15 do Decreto nº 7.581/11⁷, que regulamenta a Lei nº 12.462/11, que prevê a possibilidade de utilizar, além dos modos de disputa aberto e fechado, o modo combinado. No modo combinado, o procedimento licitatório seria inicialmente fechado, quando seriam classificadas as três melhores propostas para uma segunda fase em que o procedimento seria aberto. Pode ainda ocorrer o inverso, o procedimento ser iniciado com uma disputa aberta e ser concluído em uma segunda fase com uma disputa fechada, conforme disciplinado nos artigos 23 e 24 do Decreto.

Destaque-se que a violação das propostas nos casos em que o sigilo deva ser respeitado representa improbidade administrativa e crime definido na própria lei de licitações⁸.

No entendimento de Carvalho (2014, p. 421):

o princípio em análise não contradiz o princípio da publicidade que, como em qualquer outro procedimento administrativo, deve ser respeitado também na licitação. De fato a licitação é pública e os atos praticados no bojo do procedimento licitatório não podem ser sigilosos ou secretos, no entanto, as propostas apresentadas pelos licitantes são sigilosas.

2.3.3 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é um princípio essencial do procedimento licitatório cuja inobservância enseja a nulidade do procedimento, a ser requerida na via administrativa ou judicial. O princípio em análise possui uma dupla destinação, como se pode observar na lição de Di Pietro (2013, p. 387):

O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados⁹, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (artigo 43, II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (artigo 48, I).

De acordo com Carvalho Filho (2012, p. 244), "por meio da vinculação ao instrumento convocatório, evita-se qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à

⁷Decreto nº 7.581/11. Art. 15. As licitações poderão adotar os modos de disputa aberto, fechado ou combinado.

⁸Lei 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.

⁹ Os artigos citados anteriormente na obra da autora foram os artigos 3º, 41 e 43 da Lei nº 8.666/93.

impessoalidade e à probidade administrativa". Assevera ainda Carvalho Filho (2012, p. 244), "se o instrumento convocatório possuir falha, pode ser corrigido desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.

Destaque-se, em síntese, que a elaboração do edital pela Administração pública é livre, havendo discricionariedade na sua elaboração, na busca de satisfazer os interesses da coletividade, todavia, após a sua publicação, a Administração fica vinculada àquilo que foi publicado.

2.3.4 Princípio do procedimento formal

De acordo com o princípio do procedimento formal, o procedimento licitatório deve ser pautado nas formalidades previstas em lei. Dessa forma, a Administração não poderá, por exemplo, combinar mais de uma modalidade de licitação já existentes e deverá ainda obedecer a todas as fases do procedimento licitatório, não sendo permitido que deixe de passar por alguma das fases.

É interessante notar o ensinamento de Carvalho (2014, p. 421) no sentido de que:

em matéria de processos administrativos, vige o princípio do formalismo necessário, sendo que a forma do processo administrativo só é imperativo enquanto necessária à garantia dos interesses da sociedade e do interessado no processo. Dessa forma, deve-se observar a máxima que estipula que, em sede de processos administrativos, não há nulidade sem prejuízo para os interessados, apresentado no brocardo francês "*Pas de nullité san grief*".

É nesse sentido que a doutrina considera a licitação um procedimento vinculado, como pode ser verificado no conceito exposto na obra de Carvalho Filho (2012, p. 248):

[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

2.3.5 Princípio da adjudicação compulsória

O princípio da adjudicação compulsória foi formulado por Hely Lopes Meirelles. De acordo com Meirelles (2003, p. 267), "esse princípio possui uma dupla atribuição. Impede

que, concluído o procedimento licitatório, o objeto da licitação seja atribuído a outrem que não o vencedor do certame, bem como impede também que seja aberta nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior".

Para Meirelles (2003, p. 268), "o direito do vencedor limita-se à adjudicação e não ao contrato imediato, pois a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorrerem motivos para isso". No que diz respeito à nomenclatura do princípio há uma ressalva a se fazer, conforme lição de Di Pietro (2013, p. 388):

Em verdade, a expressão *adjudicação compulsória* é equivocada, porque pode dar a ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento.

Em síntese, após finalizado o procedimento licitatório, a Administração Pública não está obrigada à celebração do contrato. No entanto, se decidir pela contratação, deverá fazê-la com o licitante vencedor do certame.

3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente, o princípio da eficiência da Administração Pública possui papel de destaque no ordenamento jurídico pátrio, estando positivado no artigo 37, *caput*, do texto constitucional. Nesse sentido, é importante a análise da evolução da norma no ordenamento jurídico nacional, de modo a compreender melhor sua função atual no sistema jurídico brasileiro.

3.1. Histórico

O princípio da eficiência possui grande influência na Administração Pública brasileira, sendo desenvolvido e aprimorado ao longo das diversas etapas e modelos de administração. Passou a ter maior destaque no momento em que se acentuou o processo democrático brasileiro e a instauração do Estado Social, tendo em vista que, neste prisma, o cidadão passou a ocupar lugar de destaque na gestão pública.

No momento em que Estado passa a ter o dever de fornecer uma grande quantidade de serviços essenciais ao cidadão, no contexto do Estado Social, a atuação do Poder Público passa a valorizar sobremaneira o princípio da eficiência, pois, somente através de uma atuação eficiente o Estado prestaria tais serviços.

3.1.1 Do modelo de administração patrimonial ao gerencial

Partindo-se de uma perspectiva histórica, nota-se que a Administração Pública evoluiu em seu processo histórico através de três modelos básicos: a administração pública patrimonialista, a burocrática e a gerencial, nessa ordem, cronologicamente. Essas três formas se sucedem no tempo sem que nenhuma delas seja abandonada completamente.

No modelo patrimonialista, a *res pública* se confundia com a *res principis*, havendo, portanto, uma confusão entre o patrimônio público e o patrimônio privado do administrador público. Como consequência, são características marcantes desse modelo, o nepotismo e a corrupção. No momento em que começam a despontar a democracia e o capitalismo, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado, momento em que o modelo patrimonialista tornou-se insustentável.

Nesse contexto floresce o modelo de administração burocrática, que surgiu em nível internacional, na segunda metade do século XIX e, em nível nacional, por volta da década de 1930. Irrrompe no quadro de aceleração da industrialização brasileira e foi implementada no governo Vargas por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes. Nas lições de Chiavenato (2009, p. 109):

A partir da reforma burocrática, a Administração sofre um processo de racionalização que se traduziu no surgimento das primeiras carreiras burocráticas e na tentativa de adoção do concurso como forma de acesso ao serviço público. A implantação da administração pública burocrática é uma consequência clara da emergência de um capitalismo moderno no país.

O símbolo da tentativa de modernização da Administração Pública nesse período foi a criação do DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público, em 1936. De acordo com o escólio de Pereira (1999, p. 243), "a criação do DASP representou não só a primeira reforma administrativa do país, com a implantação da administração pública burocrática, mas também a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica".

Nas palavras de Chiavenato (2009, p. 110):

O modelo burocrático da Administração Pública, nos primórdios sofre a influência da teoria da administração científica de Taylor, tendendo à racionalização mediante a simplificação, padronização e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicação de métodos na definição de procedimentos. Registre-se que, nesse período, foi instituída a função orçamentária enquanto atividade formal e permanentemente vinculada ao planejamento.

Nas décadas seguintes à instauração do modelo administrativo burocrático, surgiram algumas disfunções desse modelo, que, inclusive, são apontados por leigos como características do modelo, como, por exemplo: lentidão dos procedimentos; excesso de formalismo na atividade administrativa e resistência a mudanças. Tais disfunções eram consequências do exacerbado apego às normas. Diante de tal quadro, a Administração pública passou a realizar reformas na tentativa de instaurar o modelo gerencial.

Pereira (1999, p. 243) afirma que "a primeira tentativa de reforma gerencial da administração pública, entretanto, só ocorreu no final da década de 1960, através do Decreto-lei nº 200, de 1967, sob o comando de Amaral Peixoto e Hélio Beltrão". O referido Decreto, na tentativa de superar a rigidez burocrática, colocou toda a ênfase na descentralização, mediante a autonomia da administração indireta. No entanto, tal sistemática resultou em duas

consequências inesperadas e indesejáveis. De um lado, por permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro, por não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta, que era vista, pejorativamente, como "burocrática", deixou de realizar concursos e desenvolver carreiras de altos administradores.

Já em 1979, foi lançado o Programa de Desburocratização, que de acordo com Beltrão (1988 apud, BRESSER, 1999, p. 244) visava "retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado"

No momento em que o Estado liberal dá lugar ao Estado Social, em que o Poder Público assume uma quantidade crescente de serviços públicos é que o modelo burocrático torna-se inaplicável e surge a necessidade de instauração do modelo gerencial. É nesse contexto, da transição do Estado Liberal para o Estado Social, que a eficiência passa a ocupar lugar de destaque, pois, se naquele modelo de Estado era de menor importância, neste passa a ser tema radial.

Desse modo, observa-se que o modelo gerencial tem como uma dos seus principais embasamentos e uma de suas principais preocupações, a eficiência da Gestão Pública, passando, a partir de então este princípio a ocupar lugar de destaque na Administração Pública.

3.1.2 A Emenda Constitucional nº 19/98

A emenda constitucional nº 19/98, em seu artigo 3º, alterou o artigo 37 da Constituição Federal, fazendo constar em seu *caput*, dentre os outros princípios a serem obedecidos pela Administração Pública, o princípio da eficiência. Dessa forma o texto constitucional passou a prever de forma expressa a eficiência na atuação do Poder Público.

No entanto, como foi possível observar no item anterior, a busca pela eficiência na Administração Pública já ocorria há algum tempo, pois até mesmo no período do modelo burocrático, a Administração Pública buscava a eficiência, mas de uma maneira que não se mostrou viável para o Estado Social. Já a partir das primeiras tentativas de instauração do modelo gerencial, a busca pela eficiência exacerbou-se e passou a ser uma das principais finalidades do Estado.

Diante dessa perspectiva, não é correta a afirmação de que o princípio da eficiência ingressou na ordem constitucional brasileira, como princípio geral da administração pública,

com a Emenda Constitucional nº 19/98, que o introduziu expressamente no *caput* do art. 37, apesar de ter sido um marco cronológico e simbólico para o tema.

O professor Paulo Modesto em trabalho intitulado "Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência", defendeu de modo incontestável tal ideia. De acordo com Modesto (2000, p. 112) "a Carta Magna já trazia insculpido em seu texto, desde 1988, o princípio da eficiência, citando os artigos 74, II¹⁰; 71, VII¹¹ e, por fim, o art. 144, §7º¹²".

De acordo com a lição de Modesto (2000, p. 109) :

Bem antes da Emenda Constitucional nº 19/98, o ilustre Hely Lopes Meirelles já classificava entre os poderes e deveres da Administração Pública, o chamado "dever de eficiência", na 20ª edição de sua obra, datada de 1995, descrevendo-o como "o mais moderno princípio da função administrativa que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".

Ainda segundo o jurista baiano, "raciocínio semelhante vem sendo adotado há anos pela doutrina alemã que chega a afirmar ser o princípio da eficiência um princípio constitucional estrutural pré-dado" ou também como decorrência necessária da cláusula do Estado Social". (MODESTO, 2000, p. 109).

Em síntese, conclui-se que a eficiência não consistia em tema de relevante interesse no Estado Liberal, passando a assumir posição de destaque no Estado Liberal, sendo considerado, inclusive, uma decorrência necessária deste Estado, sendo gradativamente inserido no Brasil a partir da transição do modelo de administração burocrática para a gerencial. Passou a ter previsão constitucional no texto de 1988, embora de forma não expressa em termos de nomenclatura, passando a ser expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Bíblia Política por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.

¹⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

¹¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

¹² Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

3.2 Princípio da eficiência

De acordo com Meirelles (2003, p. 102):

A eficiência é aquele princípio que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Esse dever de eficiência, corresponde ao dever de boa administração da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Decreto-Lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V)¹³, fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII)¹⁵, sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III)¹⁶ e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente insuficiente ou desidioso (art.100)¹⁷. (MEIRELLES, 2003, p. 102)

Saliente-se que, a despeito de ser a eficiência, atualmente, um dos princípios basilares da Administração Pública e uma finalidade da atuação administrativa, a busca da eficiência deve ocorrer, sempre, dentro dos limites do princípio da legalidade, tendo em vista não ser permitido à Administração Pública realizar ato não previsto em lei pelo fato de ser mais eficiente. Nesse sentido leciona Mello (2005, p. 109) , que "o fato é que tal princípio não poder ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justifica postergação daquele que é o dever administrativo por excelência".

¹³Decreto-Lei nº 200/67. Art. 13:O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

¹⁴Decreto-Lei nº 200/67.Art . 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.

¹⁵Decreto-Lei nº 200/67.Art . 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: VII - Fortalecer o sistema do mérito.

¹⁶ Decreto-Lei nº 200/67. Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: III - A eficiência administrativa.

¹⁷ Decreto-Lei nº 200/67Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Villa (1995 apud DI PIETRO, 2013, P. 121):

Não há dúvida de que a eficiência é um princípio que não se deve subestimar na administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da Administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas, nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

A professora Di Pietro (2013, p. 121) leciona ainda:

o entendimento de que o princípio da eficiência pode ser considerado sob dois aspectos: sob o aspecto do modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

A título de observação, mostra-se também bastante interessante a ressalva feita por Carvalho Filho (2012, p. 31) no sentido de diferenciar os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, a eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente.

Também deve-se destacar a lição de Carvalho Filho (2012, p. 31) no sentido de que a reforma da administração seja constante, para adequar a eficiência administrativa à modernidade e de modo que se adeque também às mudanças sociais, bem como a observação de que a eficiência guarda uma estreita relação com a moralidade administrativa. Desse modo, além de haver previsão expressa na Constituição Federal do princípio em análise, a eficiência só será efetivamente alcançada através da atuação dos agentes públicos pautada na moralidade.

4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (LEI Nº 12.462/11)

A Lei nº 12.462/11 surgiu num contexto em que havia uma grande preocupação em virtude da dificuldade no cumprimento dos prazos relativos à realização dos megaeventos esportivos que o Brasil sediaria (Copa das Confederações FIFA 2013; Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016). A alteração também serviu para modernizar a disciplina correspondente às licitações no Brasil, diante da insatisfação com a Lei nº 8.666/93.

Desde a edição da Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório vem passando por algumas alterações legais, sendo a mais relevante a Lei nº 10.520/02. No entanto, permaneceu existindo uma grande insatisfação com o diploma legal. De acordo com Justen Filho (2013, p. 14), tramitam muitos projetos de alteração da disciplina, inclusive prevendo a revogação da Lei nº 8.666/93. Justen Filho (2013, p. 15) afirma ainda que há um consenso quanto à necessidade de reforma do regime de licitações e contratações públicas, mas não existe um entendimento quanto às soluções a serem adotadas.

Dessa forma, a adoção do novo sistema licitatório resultou de certos fatores que devem ser interpretados sob uma dupla óptica. Por um lado, existiam circunstâncias extraordinárias que exigiam a adoção de providências por parte do Estado brasileiro, os megaeventos esportivos. Por outro lado, essas circunstâncias foram invocadas para superar um impasse sobre a reforma da disciplina legislativa das licitações e contratações públicas no Brasil.

Nas lições de Justen Filho (2013, p. 15), diante desse panorama de incerteza quanto às modificações mais apropriadas a serem introduzidas na disciplina das licitações, "a disciplina do RDC afigura-se como uma espécie de 'experimentação legislativa', visando a implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório".

Destaque-se que a Lei nº 12.462/11 não revogou as anteriores 8.666/93 e 10.520/02, convivendo os dois sistemas na prática. Tanto é assim, que a adoção do RDC não é obrigatório, mesmo nos casos possíveis de ser adotado.

O Tribunal de Contas da União teve um importante papel no processo de formação do Regime Diferenciado de Contratações, através de sua experiência de identificação de defeitos na sistemática das licitações e contratações públicas, auxiliando na formação.

4.1 Histórico do regime diferenciado de contratações

No contexto das construções públicas para os megaeventos esportivos, inicialmente, cogitou-se realizar as contratações administrativas pelas regras comuns. No entanto, ao verificar-se a impossibilidade de tal medida, foi aprovada a Lei nº 12.462/11, que institui a modalidade do Regime Diferenciado de Contratações.

A Lei nº 12.462/11 é oriunda da MPV nº 527 de 2011, cujos 18 artigos tratavam da criação da Secretaria de Aviação Civil, de alterações na estrutura do Poder Executivo Federal e autorizavam a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo. A MP 527 não dispunha sobre o RDC. Tal foi resultado de emenda parlamentar que alterou o texto da medida provisória. Por esse mesmo motivo, a Lei nº 12.462 contém um Capítulo II, que compreende os arts. 48 e seguintes, dispondo sobre temas alheios ao RDC, como podemos analisar na ementa da lei:

Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. (BRASIL, 2011)

Durante a tramitação da MPV na Câmara dos Deputados, foi apresentado projeto de lei de conversão, que adicionava temas sem qualquer correlação material com o tema disposto na Medida Provisória, destinadas a alterar as licitações e contratos relacionados com serviços e compras para a Copa do das Confederações FIFA 2013, Copa do mundo de Futebol FIFA 2014, Jogos Olímpicos 2016 e Jogos paraolímpicos 2016 do Rio de Janeiro.

De acordo com artigo publicado por integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, o Poder Executivo já tentara, por três vezes e sem sucesso, instituir normas especiais para licitações e contratos referentes à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A MPV nº 489, de 2010, previa regras de licitações e contratos aplicáveis especificamente às obras e serviços relativos àqueles eventos desportivos, mas perdeu a eficácia, por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo constitucional.

Também na tramitação da MPV nº 503, de 2010, foi apresentada emenda a seu texto que resgatava disposições da MPV nº 489, de 2010. Tal emenda foi rejeitada, não figurando

seu conteúdo na Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, na qual se converteu a MPV nº 503, de 2010.

Durante a tramitação da MPV nº 521, de 2010, na Câmara dos Deputados, a Relatora da matéria em Plenário, Deputada Jandira Feghali, chegou a apresentar parecer que concluía pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 11, de 2011, constituído por 53 artigos, dos quais apenas os dois primeiros e os dois últimos tratavam da matéria originalmente constante da MPV. Todos os demais dispunham sobre o RDC. Diante das resistências que surgiram em relação aos dispositivos do PLV referentes ao RDC, bem assim da proximidade do fim do prazo de vigência da MPV nº 521, de 2010, foi submetida a votação e aprovada, no Plenário da Câmara, uma nova versão do PLV, da qual não mais constavam os dispositivos atinentes ao RDC. A MPV perdeu, porém, a eficácia em 1º de junho de 2011, antes que houvesse deliberação do Plenário do Senado Federal sobre ela. Somente na quarta tentativa, na tramitação da MPV nº 527, de 2011, o Poder Executivo logrou êxito em ver aprovado o RDC. (REZENDE, 2011, p. 2).

4.2 Âmbito de aplicação

A licitação do RDC foi orientada para licitações versando sobre obras e serviços de engenharia, pois trata-se da necessidade mais urgente para a realização dos megaeventos esportivos de 2013, 2014 e 2016.

Entretanto, é importante destacar que o RDC é aplicável também a outros objetos contratuais, diferentes de obras e serviços de engenharia. No entanto, verifica-se que em muitas passagens a Lei nº 12.462 foi criada pensando basicamente em obras e serviços de engenharia, o que acaba gerando dificuldades hermenêuticas para sua aplicação. (REZENDE, 2011, p. 20).

É importante salientar prefacialmente, que o RDC só poderá ser aplicado nos casos previstos no art. 1º da Lei nº 12.462/11, tratando-se de um rol exaustivo de atuação. Entretanto, a utilização do RDC é opcional, de modo que o administrador, em uma das hipóteses de aplicação do art. 1º decide se irá aplicá-lo ou se irá aplicar a Lei nº 8.666 e a Lei 10.520.

Inicialmente, o regime diferenciado de contratações poderia ser aplicado apenas nas licitações e contratos referentes aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; Copa das Confederações da FIFA-2013; Copa do Mundo FIFA - 2014 e em obras de infraestrutura e de

contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 quilômetros das cidades sedes da Copa das Confederações FIFA - 2013 e Copa do Mundo FIFA - 2014. No entanto, por ser uma espécie de experimentação legislativa e pelo fato de trazer diversas inovações em matéria de licitações e contratações públicas, o âmbito de aplicação do RDC vem sendo constantemente ampliado por leis que inserem novas possibilidades de aplicação.

Nesse contexto, a Lei nº 12.688/12 inseriu o inciso IV do art. 1º da Lei nº 12.462, que prevê a adoção do regime diferenciado de contratações nas ações integrantes do PAC - programa de aceleração do crescimento. O §3º, do artigo 1º da Lei nº 12.462 foi inserido pela Lei nº 12.722/12 e prevê a aplicação do RDC em contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. Já a Lei nº 12.745/12 também alterou o art. 1º da Lei do RDC inserindo em seu rol de aplicação, o inciso V que prevê a aplicação do RDC para obras de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Mais recentemente, por meio da Lei nº 12.980 de 2014, foi incluído através do inciso VI do art. 1º da Lei nº 12.462 a possibilidade de utilização do RDC para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Como é possível observar, o âmbito de aplicação do regime diferenciado de contratações foi ampliado significativamente nos dois últimos anos, o que foi alvo de críticas de grande parte da doutrina administrativista, que afirmam que o RDC foi criado para ser utilizado de modo excepcional e que, diante da grande quantidade de reformas ampliativas, já está sendo a regra nas licitações e contratos públicos.

Entretanto, as ampliações podem ser vistas como algo positivo, tendo em vista o fato de que o regime diferenciado de contratações trazer inúmeros dispositivos inovadores na seara da licitação e das contratações públicas, que tendem a permanecer em atuação mesmo após o fim dos megaeventos esportivos.

Diante do fato de não ser obrigatória a utilização do RDC, verifica-se que a ampliação do rol de atuação desse regime terá como papel principal, a experimentação legislativa, o que é algo de grande importância no cenário legislativo brasileiro, em que muitas leis são aprovadas sem o necessário estudo e sem nenhum período de experiência, não trazendo, muitas vezes, nenhum benefício.

4.3 Objetivos

Os objetivos do RDC estão previstos no §1º do artigo 1º da Lei nº 12.462¹⁸. No entanto, de maneira lógica, podemos concluir que os objetivos previstos no art. 1º da Lei citada trata dos objetivos do aludido regime de contratações e não das finalidades das contratações em geral. A disciplina em análise trata de indicar o objetivo do RDC, envolvendo inovações em face da disciplina geral contida nas leis anteriores. No entanto, é importante observar que as finalidades do procedimento licitatório previstas no art.3º, *caput*, da Lei nº 8.666¹⁹, por se tratarem de orientações inerentes à própria Administração Pública, também se aplicam ao regime diferenciado de contratações.

Aliás, analisando os objetivos do RDC, apontados pelo art. 1º, §1º, da Lei nº 12.462, observa-se que há uma grande semelhança com os objetivos previstos no art.3º, *caput* da Lei nº 8.666. Isso ocorre pelo fato de que o RDC se diferencia das demais modalidades licitatórias, pelos meios disponíveis para se atingir as finalidades e não pelas finalidades em si.

De acordo com Justen Filho (2013, p. 39):

As peculiaridades do RDC não residem, portanto, nas finalidades mediatas ou imediatas que norteiam as normas da Lei nº 12.462. A distinção reside na concepção-meio consagrada para atingir tais resultados. O RDC é uma solução técnico-jurídica diferenciada para promover fins buscados em todo e qualquer procedimento de contratação administrativa. Extrai-se da disciplina legislativa que o Estado reputava que as soluções previstas nos diplomas até então vigentes era inadequadas para atingir esses resultados imediatos. Em outras palavras, a inovação contemplada no RDC reflete a intenção de obter resultados específicos e diferenciados, que não era satisfatoriamente realizados na aplicação dos regimes licitatórios anteriores.

¹⁸ Lei nº 12.462. Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: § 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.

¹⁹ Lei nº 12.462. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#) [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#)

É importante destacar que os objetivos previstos na Lei nº 12.462/11 devem ser obrigatoriamente respeitados nos procedimentos licitatórios no âmbito do regime diferenciado de contratações, não consistindo em discricionariedade do administrador público o respeito a tal norma.

Destaque-se ainda que a ampliação da competitividade, algo essencial para todo e qualquer procedimento licitatório, foi erigido ao status de objetivo do procedimento licitatório na modalidade do RDC. Já há, no âmbito da Lei nº 8.666 uma preocupação com a manutenção da competitividade entre os licitantes, havendo inclusive a proibição de soluções que restrinjam o âmbito de competitividade no procedimento licitatório, no entanto, essa norma assumiu papel de destaque no novo regramento legal.

4.3.1 A ampliação da eficiência e da competição

A busca por procedimentos administrativos mais eficientes é algo ínsito na atuação da Administração Pública, ganhando maior destaque a partir do surgimento do Estado Social.

Relata Ferraz Junior (1998, p. 147) acerca da expansão da atividade estatal no Estado social:

[...] No Estado Social, dever-se-ia perceber uma espécie de extensão do catálogo dos direitos individuais na direção dos chamados direitos de segunda geração, direitos econômicos e sociais, portanto a consideração do homem concretamente situado, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade como participação a que corresponde uma complexidade de processos e técnicas de atuação do poder público, o problema da intervenção do Estado no domínio econômico, donde uma transformação conseqüente nos próprios sistemas de controle da constitucionalidade e da legalidade.

Nesse contexto, a partir da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro passou a dar uma maior ênfase à eficiência da Administração Pública, de modo que o Poder Público fosse capaz de fornecer aos cidadãos todos os diversos serviços previstos no ordenamento jurídico. Dessa forma, antes mesmo da previsão constitucional expressa do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Carta Magna, outros artigos constitucionais já previam a busca da eficiência como essencial na atuação administrativa.

Ante o exposto, não se pode afirmar que o RDC inseriu no contexto das licitações públicas a busca pela eficiência, conquanto essa modalidade de licitação apenas estabeleceu novos meios e novos procedimentos de contratação e licitação que elevem o nível qualitativo

das licitações no Brasil. Ressalte-se que o RDC reflete uma proposta de aperfeiçoamento do modelo licitatório brasileiro, sendo utilizado atualmente como uma experiência legislativa.

Diante de tal quadro, Justen Filho (2013, p. 42) sintetiza a busca da eficiência por parte da Lei nº 12.462, nos seguintes termos:

Deve-se entender que as soluções previstas nos regimes licitatórios anteriores não são as mais satisfatórias para assegurar a eficiência administrativa. O legislador consagrou um novo modelo licitatório visando promover a eficiência, que pode ser considerada sob três manifestações distintas. A eficiência envolve a redução de custos, a redução de tempo e a ampliação de vantagens.

A elevação dos níveis de eficiência no procedimento licitatório e de contratações públicas será atingido por meio na redução de custos administrativos, devendo ser levados em consideração não apenas os recursos financeiros, mas também os custos indiretos, que envolve pessoal e insumos. Também será atingida por meio da redução de tempo, que não deixa de ser uma redução do custo, tendo em vista que quanto mais demorado o procedimento, maiores os custos, sem falar no prejuízo arcado pela instituição pública com o atraso em procedimentos licitatórios.

A ampliação de vantagens não se refere apenas à redução de custos, envolve também a ampliação de benefícios auferidos pela Administração Pública. O autor cita o caso do art. 19, §1º da Lei nº 12.462²⁰, que prevê que o menor preço poderá considerar os custos relacionados com as despesas de manutenção, utilização e outras, desde que objetivamente avaliáveis. Ou seja, a avaliação da eficiência econômica deve ser realizada através de todos os aspectos envolvidos.

O mesmo dispositivo legal prevê ainda como objetivo a ser alcançado pelo RDC, a ampliação da competitividade. Nesse caso, a lei reconhece uma íntima relação entre o princípio da eficiência e a ampliação da competitividade. A competição entre os particulares é um instrumento indispensável para o Estado obter a solução mais satisfatória, pois essa ampliação faz com que os competidores forneçam propostas cada vez melhores com o intuito de vencer o procedimento licitatório.

²⁰Lei nº 12.462. Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório: §1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

Justen Filho (2013, p. 44) explica a relação imbricada entre os interesses privados e os públicos que, no caso em análise, apesar de serem antagonônicos, são regulados justamente pela competição:

É evidente que a formulação da proposta mais vantajosa não traduz uma atuação desinteressada do particular. O interesse privado reside na obtenção do lucro e tal conduta é plenamente legítima e protegida pela ordem jurídica e pela ética. Trata-se de um postulado inerente ao capitalismo.

O ponto fundamental reside em que a realização do próprio interesse egoístico impõe ao particular a formulação da melhor proposta possível. A ampliação desnecessária do benefício pretendido pelo particular acarreta a sua derrota. [...]

Dessa maneira, conclui-se que há uma relação umbilical entre a eficiência do procedimento licitatório e a ampliação da competição, pois a efetivação daquele depende da efetivação deste. Logicamente que a competição deve ocorrer de modo equânime entre os licitantes, devendo essa igualdade ser estabelecida através de ditames legais.

Justen Filho (2013, p. 46) também admite uma outra interpretação quanto aos objetivos em análise:

[...] A ampliação da eficiência e da competição no âmbito de licitações deve ser interpretada também numa outra acepção. Significa que os próprios modelos contratuais e licitatórios devem ser concebidos de modo a assegurar a competição mais intensa e a eficiência mais satisfatória. Não é casual, por isso, que o RDC compreenda uma pluralidade de soluções até então não praticadas, visando alterar as práticas administrativas tradicionais.

4.3.2 O aprimoramento das práticas

O aprimoramento diz respeito à troca de informações entre os diversos órgãos administrativos, de modo a facilitar a troca de experiências positivas e negativas entre eles. Dessa maneira, permite-se que as dificuldades sejam combatidas em conjunto por todos os órgãos, buscando solucionar o problema da segregação das experiências entre os órgãos administrativos. O problema ocorre até mesmo no âmbito de um mesmo órgão, no qual, muitas vezes, ignoram-se avanços alcançados em determinados entendimentos ou procedimentos por alguns servidores, o que dificulta o avanço do aprimoramento das práticas.

4.3.3 O incentivo à inovação tecnológica

O mundo passa por um processo de globalização econômica que se desenvolve desde o século XVI, com as grandes navegações, mas que está em seu ápice neste momento. Os países buscam inserir suas mercadorias em um mercado mundial bastante acirrado, com produtos de qualidades cada vez maiores e custos cada vez menores. Nesse contexto, a atuação do Estado é fundamental para que a sua economia possa ser inserida a nível competitivo no mercado global. Dessa maneira, a Administração Pública deve atuar de modo cada vez mais dinâmico e com tecnologias eficientes.

A única alternativa para manter a competitividade local reside no desenvolvimento e implementação de novas soluções tecnológicas. Essa orientação deve entranhar inclusive a atuação das entidades integrantes da Administração Pública.

É interessante notar que a Lei nº 12.462 não foi inovadora nesse ponto. A lei que regula a concessão de serviços públicos, por exemplo, já tratava da necessidade de utilização de técnicas modernas por parte das concessionárias de serviço público.²¹ Desse modo, podemos observar que tal preocupação quanto ao incentivo da inovação tecnológica por parte da Administração Pública é recorrente no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o entendimento de Justen Filho (2013, p. 46), "a previsão de inovação tecnológica no procedimento licitatório, tem ainda uma função de incentivar o desenvolvimento tecnológico no âmbito da própria iniciativa privada".

4.3.4 Isonomia e vantajosidade

A isonomia é algo insito à todo e qualquer procedimento licitatório. Logicamente, que aqui utiliza-se a noção aristotélica de isonomia, também chamada pela doutrina de isonomia material, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. De tal forma que esse princípio é previsto como objetivo da licitação na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 12.462/11.

É importante destacar ainda, que o legislador inseriu a isonomia e a vantajosidade em um mesmo inciso, de maneira intencional, com o objetivo de demonstrar que, a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública não pode se dar a qualquer custo,

²¹Lei nº 8987/95. Art. 6º: Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. [...]§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

devendo observar a igualdade entre os licitantes, pois a violação à isonomia é sempre perniciosa sob o prisma prático e está proscria pela disciplina constitucional.

5 OS CONTRATOS DE RISCO E A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO RDC

Os contratos de risco são amplamente adotados no setor privado como uma forma de dar uma maior eficiência aos acordos celebrados. Tais contratos estão inseridos no contexto da "teoria dos incentivos". Adota-se uma sistemática em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados.

Contrato de risco é o gênero do qual são espécies, no RDC, a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada e os contratos de eficiência. As espécies possuem semelhanças e diferenças, não se tratando, logicamente, do mesmo instituto. No âmbito do regime diferenciado de contratações, foram previstas duas espécies de contratos de risco: a) a remuneração variável vinculada ao desempenho (art. 10); e b) a celebração de contratos de eficiência, em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada à Administração Pública (art. 23).

A Lei nº 12.462/2011 previu outro mecanismo inovador com a finalidade de elevar a eficiência das licitações que tenham como objeto obras e serviços de engenharia, é a chamada contratação integrada, que está disciplinada no art. 9º da Lei nº 12.462/2011 e nos artigos. 73, 74, 75 e 76 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

A contratação integrada envolve 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 ao desenvolvimento de uma obra ou serviço de engenharia.

5.1 Os contratos de risco no regime diferenciado de contratações

De acordo com Schwind (2011, p. 01), a remuneração variável e os contratos de eficiência "constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro pré-determinado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência". Essa é a sistemática adotada pelos contratos de risco. Os contratos de risco mereceram importante destaque na Lei do RDC, sendo estes uma importante inovação trazida por ela.

Destaque-se que os contratos de risco já vinham sendo utilizado na Administração Pública antes da Lei nº 12.462/2001, no entanto, de maneira bastante discreta e desordenada, tendo em vista a falta de previsão legal. Esses tipos de contratos eram utilizados, basicamente, em contratos entre entes públicos e escritórios de advocacia, casos em que havia uma intensa

discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da legalidade de tal sistemática, tanto em referência à variação da remuneração como quanto à possibilidade de contratação de escritórios especializados por entes públicos que possuem órgãos próprios para representá-los judicialmente.

Fato é, que a positivação de tal instituto por meio da Lei nº 12.462/2011, o tornou mais conhecido, pois passou a ser tema de estudo e de utilização por órgãos públicos que realizam licitações, fazendo, inclusive, com que passasse a ser previstos em outros tipos de contratos, como nos contratos de parceria público privada regidos pela Lei nº 11.079/2004, nos seguintes termos:

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

[...]

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Dessa forma, percebe-se que a previsão dos contratos de risco na Lei do RDC foi uma algo inovador e que difundiu sobremaneira a previsão de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1.1 Contratos de remuneração variável vinculada ao desempenho

A contratação com remuneração variável consiste numa avença em que o particular assume a obrigação de executar obra ou serviço, inclusive de engenharia, de acordo com parâmetros mínimos de desempenho, com a possibilidade de variação da remuneração em vista da qualidade da prestação executada e nos termos da disciplina contratual. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 206). Em uma análise prefacial do instituto, revela-se uma contradição relativa ao interesse administrativo. Todas as contratações públicas não devem buscar sempre o nível mais elevado de satisfação e qualidade, independente de quaisquer espécies de prêmios ?

Logicamente que toda e qualquer contratação administrativa deve ser orientada, como regra, ao atingimento desse nível mais elevado de satisfação dos interesses da Administração. No entanto, de acordo com Justen Filho (2013, p. 207):

Há casos em que, a despeito de existir uma opção que proporcione a excelência em qualidade por um preço elevado, existem outros a preços mais módicos que satisfazem o objetivo da Administração Pública. Existem ainda os casos, de acordo com o autor, em que é inviável o atingimento imediato do patamar de excelência. Nesse último caso, o serviços será ampliado gradativamente, de modo que o nível de excelência só possa ser obtido ao longo de certo período.

Desse modo, conclui-se, que a remuneração variável é uma solução adequada para as hipóteses em que a natureza e as circunstâncias comportam níveis variados de satisfação do interesse administrativo. Na verdade, pode-se considerar que tal instituto soluciona grandes problemas no que se refere a esses tipos de contratações, pois em muitas ocasiões a Administração Pública previa em suas licitações apenas o nível mínimo de satisfação, devido ao critério objetivo que deveria ser previsto no edital, de modo que perdia-se a oportunidade de ter serviços de melhor qualidade ou, até mesmo, necessitava-se realizar novos procedimentos licitatórios para a expansão do serviço.

Muito bem sintetizou o âmbito de utilização de tal instituto Justen Filho (2013, p. 207):

A contratação com remuneração variável é adequada quando o interesse da Administração é satisfeito mediante uma prestação de qualidade superior sem que isso signifique a ausência de vantagem se a prestação tiver qualidade inferior (desde que respeitado um nível mínimo). Isso se passa naqueles casos em que o atingimento do nível mais elevado de qualidade é economicamente muito oneroso, tecnicamente problemático ou fisicamente impossível. Isso envolve inclusive os casos em que a solução mais satisfatória reside na elevação progressiva do nível de qualidade da prestação a ser executada pelo particular.

Com toda a vênia ao autor, não faz sentido o fato de considerar que a remuneração variável será utilizada em casos que o atingimento do nível mais elevado seja fisicamente impossível, tendo em vista que, diante da impossibilidade, nenhuma remuneração poderia fazer com que o particular chegasse a esse nível.

A remuneração variável poderá ser utilizada nos casos em que há uma grande dificuldade de o particular atingir a finalidade almejada pela Administração Pública. Desse modo, não seria possível ao particular celebrar um contrato de fim com a Administração e, ao mesmo tempo, diante do alto risco de não se atingir a finalidade, não seria vantajoso à Administração Pública formalizar um simples contrato de meio com o particular, pois esse, pelo fato de ser remunerado independente de atingir o resultado satisfatório, poderia não ser esforçar para atingi-lo.

Um exemplo é o contrato para pesquisa e lavra de minerais. Há um risco muito grande de não ser encontrado minerais, assim como há a possibilidade de eles serem encontrados em quantidades diversas. Nesse caso, seria vantajoso à Administração Pública celebrar contrato com remuneração variável ao desempenho da contratada.

Nesse sentido leciona Schwind (2011, p. 02):

A remuneração vinculada ao resultado obtido pelo particular é uma contrapartida pela elevação do risco assumido. Não se trata de onerar os cofres públicos de modo indevido. É evidente que a incerteza quanto ao resultado final justifica a percepção de uma remuneração mais elevada. A contrapartida para a Administração é que a remuneração somente será devida se as vantagens almejadas forem efetivamente obtidas.

Em um primeiro momento, a contratação com remuneração variável identifica-se com as contratações comuns realizadas pela Administração Pública. A Administração Pública deve disciplinar o objeto a ser executado, estabelecendo o padrão exigível de qualidade, cabendo ao particular a prestação exatamente nas condições determinadas. Entretanto, o contrato em análise passa a se diferenciar dos convencionais, em um segundo momento, em que existe um pacto adicional estabelecendo que a superação da qualidade mínimo atribuirá ao particular uma remuneração a mais. É uma espécie de prêmio pela superação da exigência mínima. À medida que o nível de qualidade do serviço executado melhora, além padrão mínimo permitido, melhora também a remuneração do contratado.

No sentido de incentivo realizado pelo instituto ao desenvolvimento da sociedade, por via do estímulo aos particulares contratados pela Administração Pública, a remuneração variável se insere na concepção da função promocional do Direito, cuja teorização se deve a Norberto Bobbio.

Na lição de Bobbio (2007, p.205):

A análise meramente estrutural do ordenamento jurídico não é mais suficiente para explicar os fenômenos atuais, devendo a teoria do direito ser complementada por uma análise funcional do direito, com destaque para a função promocional, ou seja, a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das sanções positivas, destinadas a promover a realização de atos socialmente desejáveis.

Os contratos de remuneração variável configuram, portanto, um incentivo à excelência em serviços prestados à Administração pública, não se tratando mais de exigir o mínimo aceitável e ameaçar o contratado com sanções caso, o patamar não fosse alcançado. À medida que se aproxima da excelência, sua remuneração melhora.

É de fácil percepção a importância que assume nessa espécie de contrato a definição do que será o mínimo aceitável no contrato e o quais os resultados serão considerados como parâmetros para a remuneração adicional.

Dessa maneira, é importante destacar que só caberá prever a remuneração adicional quando o benefício adicional for útil, mas não essencial para satisfazer o interesse da Administração Pública. Se o nível superior de performance, que está sendo utilizado como parâmetro para a remuneração premial for indispensável à administração pública, houve erro ao se admitir um nível inferior de qualidade como aceitável por parte da Administração Pública.

Dessa forma, os contratos de remuneração variável só serão possíveis de utilização nos casos em que o interesse administrativo comporta satisfação mediante uma prestação de qualidade inferior ao ótimo possível.

Observe-se também que tais contratos só poderão ser utilizados quando, além de ser permitido um nível abaixo do ótimo, a superação do índice de qualidade mínimo exigível beneficiar a Administração Pública. Logicamente que, nos casos em que for indiferente à Administração Pública a prestação de serviços em qualidade superior ao mínimo, não será cabível o contrato de remuneração variável. Essa vantajosidade para a Administração Pública deve ser possível de ser mensurada por critérios objetivos, de modo que a utilidade para a Administração de níveis de qualidade acima do mínimo, seja uma utilidade diferenciada, que legitime a elevação da remuneração do contrato.

O níveis de excelência do serviço acima do mínimo exigível, que ensejarão a remuneração extra do contratado, deverão estar relacionados a atividades desenvolvidas pelo próprio contratado. É imprescindível lembrar também que a remuneração premial prevista para o particular deverá guardar proporção com a vantajosidade proporcionada à Administração Pública pelos níveis de excelência previstos no edital como aptos a ensejar a variação da remuneração.

Em virtude disso, conclui Schwind (2011, p. 04):

conclui em seu artigo que, quando o parágrafo único do artigo 10 estabelece que a remuneração variável será motivada, o dever de motivação se aplica tanto à adoção dessa sistemática contratual, como também à fixação dos critérios que influirão na remuneração variável. Dessa maneira, a Administração pública deverá demonstrar que os critérios utilizados por ela para estabelecer o incremento da remuneração do contrato é útil e relevante para o Poder Público.

No contrato em análise, é importante que se diga, o particular não terá a faculdade de escolher a prestação a ser executada ou o modo como a prestação será executada. Pois deverá executá-la nos termos previstos no edital e atingindo os parâmetros mínimos de qualidade, de modo que a violação a quaisquer dessas características previstas em edital configurará inadimplemento.

O parágrafo primeiro do artigo 10 da Lei nº 12.462/2001 prevê ainda que a utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação e será motivada, dessa forma, a previsão da remuneração variável não infringirá a disciplina constitucional das despesas públicas, nem significará a assunção de obrigações sem apoio em previsões orçamentárias. A utilização da remuneração variável em um procedimento licitatório deve ser previsto no instrumento convocatório da licitação.

Muito interessante é a abordagem de Justen Filho (2013, p. 213), em que observa os contratos de remuneração variável como uma ferramenta de elevação da competitividade nas licitações e diminuição de licitações desertas no âmbito Administrativos.

Em várias ocasiões, se a Administração Pública exigir como aceitável apenas o nível máximo de excelência, isso ocasionaria uma potencial redução da competitividade do procedimento, de modo que muitos licitantes não estariam dispostos a assumir a obrigação de executar uma prestação tão difícil e tão complexa, ante o risco de não alcançarem o resultado e serem penalizadas. Nesse contexto, as licitações poderiam resultar desertas.(JUSTEN FILHO, 2013, p. 213).

A redação legal disciplina que o procedimento poderá ser utilizado em licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia.²² A interpretação mais correta do dispositivo da legislação nos leva à conclusão de que a contratação variável poderá ser utilizada em licitações que possuam outros objetos, não apenas a realização de obras, desde que tal utilização esteja prevista no edital e se encaixe em todos os requisitos para a sua utilização.

O art. 70, §4º do Decreto nº 7.581/11 estabelece que os contratos de remuneração variável poderão ser utilizados em contratações integradas. Nesse caso, poderia surgir a dúvida da maneira como seriam estabelecidos os parâmetros, as metas para a remuneração adicional, tendo em vista que a licitação em contratação integrada é realizada sem projeto básico. O dispositivo legal solucionou o assunto estabelecendo que, nesses casos, deverá ser

²²Lei nº12.462/11: 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 nos instrumentos convocatórios e no contrato.

observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia para a definição dos parâmetros de desempenho do contratado.²³

A remuneração variável será aplicada em vista da variação do desempenho do particular, levando em conta um ou mais interesses da Administração Pública. Esses parâmetros de avaliação estão previstos no *caput* do art. 10 da Lei nº 12.462/11, são eles: atingimento de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega. Para os fins de remuneração variável, a meta consiste num nível de serviço ou de desempenho a ser atingido ao longo de um período de tempo. Em muitos casos, existem metas finais e metas intermediárias, com níveis qualitativos progressivamente mais complexos. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 215).

No que se refere ao padrão de qualidade, Justen Filho (2013, p. 215) assevera:

O padrão de qualidade consiste no atributo relativo à sua composição, rendimento, vida útil, nível de efeitos produzidos e assim por diante. O padrão de qualidade tanto pode referir-se à composição intrínseca da prestação como às características dos efeitos a ela pertinentes. Em qualquer licitação serão estabelecidos os padrões de qualidade mínima aceitável, somente serão utilizados como parâmetros para a remuneração variável aqueles padrões acima desse nível.

Os critérios de sustentabilidade ambiental são os indícios objetivos escolhidos para avaliar a compatibilidade da prestação executada com a adoção de soluções ambientalmente satisfatórias. Tal medida está plenamente de acordo com a previsão constitucional do art. 225, em especial com o princípio da preservação ambiental, tendo em vista que o ideal nesse âmbito é se evitar os danos ambientais do que tentar saná-los após sua ocorrência, mesmo porque, há a irreversibilidade de grande parte desses danos. Logicamente que a legislação trata aqui nesse caso de uma preservação ambiental que supere atividades compatíveis com o desenvolvimento sustentável, dado que estas são medidas obrigatórias para qualquer empresa que contrate com a Administração Pública.

A antecipação do prazo de entrega envolve o parâmetro de maior objetividade e, talvez, de mais fácil mensuração por parte da Administração Pública. No entanto, talvez seja também o parâmetro em que seja mais difícil haver vantagem extra para a Administração Pública, tendo em vista que esta se programa para utilizar o bem objeto de compra ou se serviço apenas na data acordada para o cumprimento da obrigação. Esse seria um dos poucos casos em que a remuneração variável seria mais utilizada para compras de produtos do que mesmo para a contratação de obras e serviços de engenharia, dado que, para a compra de

²³ Decreto nº 7.581/11: Art. 70, §4º. Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.

produtos em regime de urgência, a entrega antes da data acordada, faz diferença positiva para o Poder Público.

É muito interessante o fato de que esses parâmetros podem ser cumulados em um mesmo procedimento licitatório, gerando soluções mais complexas para a avaliação da satisfação do interesse administrativo, e conseqüentemente, da variação da remuneração. Logicamente, que a escolha por parte do órgão licitante dos parâmetros a serem utilizados dependerá de uma série de fatores a serem considerados de acordo com o caso concreto, sendo todos eles justificados.

Caberá à Administração Pública determinar se existirá uma remuneração proporcional à superação do nível mínimo ou se caberá apenas uma única meta que, em sendo cumprida ensejará a remuneração variável. Logicamente que a remuneração proporcional estaria em maior consonância com a teoria dos incentivos, no entanto, existem casos, principalmente quando escolhido o parâmetro de prazo de entrega, em que só existe um melhor que ocasionará vantagem à Administração Pública, de modo que, outros resultados, a despeito de superarem o mínimo previsto, não tragam nenhum benefício ao Poder Público.

O instrumento convocatório do Regime Diferenciado de Contratações é o edital. Este documento é um dos mais importantes do procedimento licitatório, tendo em vista que será de acordo com ele que toda a licitação deverá se desenvolver. Um dos princípios que regem o procedimento é o da vinculação ao instrumento convocatório, cuja inobservância enseja a nulidade do procedimento.

No contexto das licitações com remuneração variável, o edital assume uma importância ainda maior no procedimento licitatório, tendo em vista que nesse documento deverão constar minuciosamente todas as especificações da futura contratação, estabelecendo o padrão mínimo exigido, os pressupostos de pagamento da remuneração diferenciada e todas as demais regras necessárias à perfeita aplicação do regime.

Diante disso, conclui-se que a remuneração variável não será objeto de proposta dos licitantes, pois, se isso fosse possível, não teria como prever tal remuneração no edital de convocação do procedimento.

5.1.2 Contratos de eficiência

Os contratos de eficiência, nos moldes do previsto no Regime Diferenciado de Contratações, foram desenvolvidos em outros países, principalmente nos Estados Unidos, na

década de 1970. Até o início da década de 70 os gastos públicos com energia elétrica não eram uma preocupação para o Poder Público, tendo em vista representarem uma pequena porção das despesas públicas. Havia um cenário comum de desperdício de energia. Essa situação sofreu uma radical alteração com a crise energética da década de 1970.

A identificação de desperdícios no ramo levou à criação de empresas especializadas nessa área, as chamadas ESCOs - Energy Services Companies. Essas empresas ofereciam um modelo contratual padronizado que ofertava a redução do consumo de energia elétrica, eram os chamados "Energy Saving Performance Contract - ESPC".

Usualmente, os custos relacionados com as alterações a serem realizadas pela contratada, são arcados pela própria empresa especializada, mediante a obtenção de financiamentos com terceiros. A remuneração da empresa, que será calculada através de um percentual sobre a redução dos custos, deverá ser suficiente para assegurar o também o pagamento do financiamento.

No que se refere à compatibilidade dos contratos de eficiência com o desenvolvimento sustentável, leciona Justen Filho (2013, p. 409):

A afirmação de compromissos com a proteção do meio ambiente conduziu à utilização do modelo acima para assegurar soluções amplamente compatíveis com o desenvolvimento sustentável. Passou-se a cogitar não apenas da economia de energia, mas também da redução da emissão de gases de efeito estufa, diminuição do calor, economia no consumo de água, racionalização da geração de resíduos e assim por diante.

Os contratos de eficiência, no âmbito do regime diferenciado de contratações, foram definidos por Justen Filho (2013, p. 409):

contrato administrativo bilateral por meio do qual um particular assume a obrigação de propiciar redução de despesas correntes na Administração Pública, por meio da execução de serviços, obras e fornecimentos e da introdução de práticas de racionalização do consumo em edifícios da Administração pública, sendo a ele assegurada remuneração proporcional à redução de custos obtida

Os contratos de eficiência têm como finalidade, proporcionar a racionalização no consumo dos recursos naturais e a adoção de soluções mais compatíveis com o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, tem como finalidade essencial a redução dos gastos públicos, respeitando, portanto, a finalidade mediata da Administração Pública que a busca do interesse público.

É interessante destacar que o contrato de eficiência possui uma natureza associativa. Desse modo, podemos concluir que, de modo imediato, existe uma comunhão de interesses

entre a Administração Pública e o particular contratado, tendo em vista que ambos buscam uma redução nos gastos públicos. Este, pelo fato de que sua remuneração variará de acordo com essa redução e aquela, pela busca do interesse público.

A Lei nº 12.462/11 estabelece em seu art. 23, § 1º, que o objeto do contrato de eficiência, será a redução de despesas correntes. Parece, no entanto, que houve um equívoco em tal dispositivo, tendo em vista que o contrato e análise aplica-se, em verdade, apenas às despesas de custeio, que é uma espécie das despesas correntes. A despesa corrente é um gênero que apresenta como espécies as despesas de custeio e as transferências correntes.²⁴

As despesas de custeio, de acordo com o art. 12, §1º, da Lei nº 4.320/64, são " as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a obras de conservação e adaptação de bens imóveis". Já as transferências correntes são conceituadas pela mesma legislação em seu parágrafo 2º como " as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuição e subvenção destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado".

Diante das definições legais analisadas acima, deduz-se facilmente que o contrato de eficiência envolve apenas as despesas de custeio. É importante destacar que o contrato de eficiência não terá como objeto a produção de investimentos novos nem na implantação de novas estruturas materiais ou administrativas para ampliação do atendimento a necessidades coletivas. Refere-se apenas à redução das despesas de custeio, configurando na elevação da eficiência no desembolso de recursos públicos. Portanto, a redução das despesas de custeio, desde que haja a manutenção dos serviços existentes, somente produz efeitos positivos para o Estado e a comunidade.

O contrato de eficiência tem como objeto a intervenção das empresas contratadas que gerem uma maior eficiência no consumo de recursos econômicos. Em princípio, o contrato de eficiência não versa sobre a implantação de novas infraestruturas, ou sobre a criação de serviços não existentes, nem mesmo sobre o oferecimento de utilidades até então não satisfeitas, mas apenas acerca de elevação da eficiência de serviços já prestados pela Administração Pública.

²⁴ Lei nº 4.320/64. Art. 12: A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

DESPESAS CORRENTES:

Despesas de custeio

Transferências correntes

[...]

No entanto, devido à novidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e de seu tratamento lacunoso na Lei nº 12.462/11, ainda pairam algumas dúvidas quanto à possibilidade de utilização do referido contrato, em situações em que haja a necessidade de realização de intervenções radicais. A legislação e o regulamento não tratam de modo específico de tal matéria, não sendo o caso tratado também pelo judiciário, tendo em vista ser um tema muito recente, ficando a cargo de doutrina também muito escassa o tratamento da matéria. O professor Justen Filho (2013, p. 411) acredita ser possível a utilização de contratos de eficiência em casos, por exemplo, em que haja necessidade de demolição de um prédio e a construção de um outro para que seja possível a obtenção da redução dos gastos públicos.

Tal possibilidade embasa-se em fundamentos econômicos e jurídicos, de acordo com o entendimento de Justen Filho (2013, p. 412)

Pelo prisma econômico, destaque-se o fato de que todos os gastos relacionados ao contrato serão implementados sem o desembolso de recursos estatais, com grande benefício ao interesse de todos. Sob o prisma jurídico, o autor faz uma relação de semelhança entre o caso analisado e o instituto da concessão urbanística, em que um particular é investido do poder jurídico de promover a reurbanização de áreas mediante a exploração econômica do resultado, para embasar sua posição.

Quanto à maneira de se atingir o resultado pretendido, consiste em corrigir defeitos e promover o aperfeiçoamento da situação concreta mediante práticas fundadas em inovação tecnológica e soluções técnicas mais satisfatórias. As obras destinar-se-ão a substituir materiais e equipamentos obsoletos ou não eficientes em termos de consumo. Poderão ainda ser introduzidas técnicas de automação, de modo a assegurar o consumo de energia somente quando necessário.

É interessante notar que um dos fatos que faz com que tal contrato seja tão benéfico à Administração Pública é a obrigação de resultado relacionada a ele. O particular possui autonomia para determinar os meios para atingir o resultado, indicando as soluções técnicas apropriadas e os métodos de execução.

Nesse contexto, o particular não fará jus a qualquer remuneração simplesmente pelo seu esforço. Nem pelos investimentos realizados, por mais que possam traduzir algum benefício para a Administração. Nesse caso, discute-se se haveria um enriquecimento sem causa do Poder Público. Há de se convir, no entanto, que há uma relativa contradição entre a proibição do enriquecimento sem causa e os contratos de risco no âmbito da Administração Pública. Desse modo, tais conflitos deverão ser solucionados de acordo com o caso concreto.

O contrato em análise é orientado a assegurar benefícios, trazidos na redução das despesas de custeio. Mas a atuação do particular é orientada a produzir a racionalização e a redução do consumo, A redução das despesas é uma decorrência. Essa relação trás algumas consequências para a relação contratual.

Primeiramente, deve-se destacar que o resultado somente se configurará exitoso caso o benefício atingido se configure como resultante de redução de consumo imputável à atuação do particular. Dessa forma, os casos em que houver redução da despesa de custeio, mas essa seja consequências seja alheia à atuação do particular, não será configurado o atingimento do objeto contratual.

A identificação do resultado satisfatório deverá ser inquestionável de modo preciso, para evitar controvérsias e dúvidas, devendo haver a previsão no edital de critérios objetivos capazes de avaliar o atingimento do resultado. Em alguns casos, existirá um resultado satisfatório inquestionável, ainda que possa não se traduzir em redução absoluta de custos para a Administração, como nos casos em que a atuação do particular gerou uma redução do consumo, mas uma outra situação alheia a sua vontade causou o aumento do consumo, em contrapartida e por causas independentes. A ausência de redução de despesas de modo proporcional à redução do consumo não é imputável ao particular, o qual fará jus à remuneração.

O particular será remunerado unicamente em caso de atingimento do resultado previsto. A sua remuneração será proporcional à dimensão do sucesso obtido. Logicamente que a remuneração do particular deverá ser suficiente para amortizar o capital investido por ele no contrato, bem como para proporcionar-lhe uma margem de lucro compatível com os riscos assumidos. Essa relação envolve uma grande quantidade de fatores, dos quais um dos que possui a maior importância é o prazo durante o qual o particular fará jus à remuneração, pois, se for muito curto, não será capaz de remunerar de forma justa o particular, e, se for muito longo, poderá ocasionar um enriquecimento sem causa por parte do contratado.

A Lei nº 12.462/11 estabelece as consequências caso o particular não consiga atingir o objeto contratado. Inicialmente, é importante observar que, a despeito do silêncio da Lei, não se pode aduzir da desnecessidade de um processo administrativo para apurar a ocorrência dos eventos e produzir algum resultado apto a acarretar sacrifício dos interesses do particular.

Se o particular não conseguir reduzir os custos da Administração Pública nos percentuais estabelecidos no contrato, restará configurado o inadimplemento contratual. Segundo a Lei, o particular arcará com o valor das despesas de custeio se a economia prevista em sua proposta não for obtida, Trata-se de uma forma de indenização de perdas e danos

imposta ao particular como decorrência do inadimplemento. Trata-se de indenizar a Administração por lucros cessantes e não por danos emergentes.

Nos casos de inadimplemento, a Lei utiliza-se de forma imediata do instituto da compensação. No caso de a indenização devida pelo particular à Administração alcançar valor inferior ao montante de remuneração devida ao particular, a Administração pagará a este o valor líquido resultante.²⁵

No caso de o valor da economia frustrada superar o montante da remuneração devida ao particular, este não terá direito a receber valor algum, além de estar obrigado a pagar a diferença remanescente. No entanto, impende destacar que o dispositivo incorre em erro ao estabelecer que a diferença que superar o valor da remuneração será exigida do particular a título de multa. Não se configura penalidade em sentido próprio, havendo a simples indenização por perdas e danos.²⁶

O inciso III do mesmo artigo da lei prevê o caso em que a frustração da economia passe de um limite máximo preestabelecido para essa frustração. Nesse caso, será cabível um tratamento mais severo ao particular, contemplando penalidades inclusive não pecuniárias.²⁷

Uma das temáticas que necessitam de tratamento mais cuidadoso por parte da Administração Pública no momento de realização do edital de licitação é o prazo de eficácia da prestação, que é o período de tempo durante o qual as intervenções promovidas pelo particular serão aptas a produzir efeitos, gerando a redução das despesas da Administração. Normalmente, o prazo de vigência do contrato deverá coincidir com o prazo de eficácia da atuação do contratado. As despesas de custeio são caracterizadas pela continuidade e permanência. Desse modo, a redução de custos auferida pelo particular poderá ser restrita a um determinado período ou poderá também se prolongar durante um período determinado, o que ocorrerá, inclusive, na grande maioria dos casos.

Quando o período da benfeitoria for determinado, o prazo de vigência do contrato será correspondente a esse período. No entanto, nos casos em que a vantagem auferida pelo particular se estender por um período de tempo indeterminado, caberá à Administração ficar um prazo razoável de tempo, pois, um período muito curto tornará a contratação inexecutável

²⁵ Lei nº 12.462/11. Art. 23, §3º: Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada.

²⁶ Lei nº 12.462. Art. 23, §3º: Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença.

²⁷ Lei nº 12.462. Art. 23, §3º: Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

ou desinteressante para particulares, já um período muito longo acarretará a percepção de remuneração muito elevada, gerando lucros injustificáveis ao particular, causando um enriquecimento sem causa.

O prazo de eficácia da prestação ganha maior importância quando nos casos em que a redução do consumo sofre uma sazonalidade, de modo que, a redução do consumo varia de um mês para o outro. Nesse caso, a Administração tem que estabelecer padrões de avaliação do resultado que neutralizem a sazonalidade, estabelecendo médias e variações estatísticas apropriadas.

O não atingimento da redução prevista em contrato celebrado entre a Administração pública e o particular configura inadimplemento contratual e sujeita este às sanções correspondentes. No entanto, o particular não possui apenas deveres no contrato de eficiência, apresenta também uma série de direitos. O principal é o de obter uma remuneração proporcional à economia produzida por sua intervenção. Trata-se de uma remuneração condicionada ao resultado obtido, durante o prazo determinado, não existindo remuneração pelos investimentos, nem contrapartida pelas despesas. Entretanto, por assumir tamanho risco contratual, o contratado possui o direito subjetivo de obter uma remuneração proporcional à redução efetivamente auferida pela Administração Pública.

Assim como o particular não possui apenas deveres para com a Administração Pública, esta também não possui apenas direitos na relação contratual em análise. Em princípio, ao pactuar um contrato de eficiência, a Administração apenas pode obter vantagens, tendo em vista que o fracasso do particular não irá incidir na esfera patrimonial do Poder Público. Dessa maneira, a Administração tem o direito de exigir que o particular atinja o êxito proposto, sob pena de responder pelas perdas e danos do seu fracasso.

Em contrapartida, a Administração Pública possui a obrigação de pagar ao particular a remuneração proporcional ao sucesso obtido, por um determinado prazo. Também tem o dever de adotar todas as condutas necessárias ao atingimento do resultado satisfatório objeto do contrato de eficiência, em uma espécie de dever de cooperação contratual.

Do modo como o contrato de eficiência está previsto no Regime Diferenciado de Contratação, não se pode enquadrá-lo como um contrato administrativo propriamente ou como um contrato de direito privado utilizado pela Administração Pública, e que, neste caso, seria regido pelas normas do Direito Civil.

Diante da ausência de tratamento do tema pelos tribunais do país e até mesmo por parte da doutrina, o contrato de eficiência, em função das semelhanças, deve ser regulado de

acordo com o tratamento dado pela lei à contratação integrada. Nos termos a seguir, a interpretação de Justen Filho (2013, p. 417) sobre o tema:

Considerando a atual situação, afigura-se que a solução mais prudente reside em submeter o contrato de eficiência à disciplina prevista no art. 9º, §4º, da Lei do RDC (...). O dispositivo disciplina a contratação integrada, que apresenta alguns pontos comuns com o contrato de eficiência. Em ambos os casos, existem obrigações de resultado e o particular se investe no dever-poder de conceber as soluções mais apropriadas para atingir um resultado predeterminado. As soluções previstas a propósito da contratação integrada podem ser estendidas ao contrato de eficiência - ao menos, por ora e até que a evolução jurídica permita determinar um regime jurídico peculiar para a figura.

O instituto dos contratos de eficiência demonstra a intenção do legislador, desde o início da formalização legal, em estender a aplicação do RDC aos demais casos de contratações públicas, tendo em vista que seria bastante difícil estabelecer um vínculo de adequação entre os contratos de eficiência e os megaeventos esportivos. Afinal, a grande maioria das contratações públicas pertinentes envolve construção ou reforma de grandes estruturas. No entanto, com a contínua ampliação do espectro de cabimento da modalidade do RDC, tornou-se viável a utilização deste tipo de contrato.

Para que os contratos de eficiência sejam aplicados de modo vantajoso, devem ser respeitados alguns pressupostos lógicos, como: haver uma despesa de custeio superior ao possível, tendo indícios de desperdício, havendo a possibilidade de redução das despesas; cabimento de alteração da situação existente, possibilidade de reforma da estrutura vigente e a exequibilidade do contrato, ou seja, verificar se diante do valor e da magnitude das reformas, a redução de custos irá cobrir o valor do investimento do particular e ainda remunerá-lo.

Quanto ao edital da licitação nos contratos de eficiência, existe uma série de particularidades, muitas delas bem semelhantes ao regime de contratação integrada.

Em virtude da natureza e das características dos contratos de eficiência, não é possível a elaboração, por parte da Administração pública de projeto básico e executivo, tendo em vista que, apenas o particular detém a tecnologia e a técnica para a realização do contrato, cabendo a ele escolher o modo de atuar, as atividades a serem desenvolvidas e os materiais a serem utilizados. Logicamente que a Administração poderá formalizar um termo de referência sumário prevendo normas básicas de atuação, para que sejam respeitadas todas as normas básicas, como o desenvolvimento sustentável, tendo em vista que tal contrato não é uma carta branca para o particular, estando este restrito à previsão legal.

No edital das licitações para contratos de eficiência também não se cogitará de realização de orçamento detalhado, pois não é exigida cobertura orçamentária, pois todo o

investimento do contrato correrá às custas do particular e, o pagamento deste, correrá por parte dos recursos relacionados às despesas de custeio, pois será um percentual da redução daquele montante.

A despeito de não haver desembolso imediato de pagamento por parte da Administração, o contratado deverá atender os requisitos para habilitação, pois os custos da intervenção correrão por conta dele, logo, existe a necessidade de que o particular disponha de condições econômico-financeiras satisfatórias. Além do que, a habilitação fiscal para a participação em procedimentos licitatórios é uma maneira de coagir o particular a estar em dia com suas obrigações tributárias, não podendo ser deixada de lado.

Como o contrato de eficiência é relacionado a uma obrigação de resultado, o ato convocatório deve disciplinar de modo minucioso o êxito, através da utilização de critérios objetivos de avaliação. Deverá prever ainda o prazo para avaliação do sucesso, as soluções para variações sazonais do consumo, a disciplina para os casos de variação das despesas por fatores alheios à atuação das partes e demais dados compatíveis, bem como o limite máximo admissível de frustração da economia prevista.

O edital deverá prever ainda o prazo de vigência do contrato, levando em consideração que esse prazo não se restringe àquele previsto no art. 57 da Lei nº 8.666, tendo em vista que o contrato em análise não é objeto de remuneração por meio de recurso orçamentário.

Destaque-se que deverão estar previstos no edital os atributos de qualidade mínima exigidos para a realização do serviço, pois, o fato de o particular escolher o serviço a ser utilizado e o modo de utilizá-lo, não quer dizer que este será realizado em padrões inadequados de qualidade. Deverá estar previsto também o critério de julgamento das propostas. Logicamente que será vencedora a proposta que trazer o maior benefício efetivo para a Administração. No entanto, a mensuração desse benefício depende de uma grande quantidade de fatores inter-relacionados e todos eles deverão estar previstos no instrumento convocatório da licitação.

Para calcular o valor da remuneração do particular, a Administração deverá prever levar em consideração a redução efetivamente realizada nas contas públicas. Para calcular essa redução deverá ser escolhida uma base de cálculo entre duas possíveis. A Administração poderá utilizar como base de cálculo uma estimativa sobre gastos futuros do órgão, ou poderá utilizar as médias dos gastos passados. A base cálculo escolhida deverá ser prevista no edital.

A remuneração poderá ser calculada ainda de modo estável, aplicando-se um percentual fixo ao valor economizado pela Administração, ou poderá ainda, ser progressivo, caso em que a remuneração do particular será também representará um percentual da redução

de gastos, no entanto, esse percentual elevando progressivamente de acordo com a elevação da redução de gastos.

O Decreto nº 7.581/11 prevê, em seu artigo 37, o modelo da proposta que deverá ser elaborada pelos licitantes. Pela análise do artigo podemos concluir que as propostas têm natureza bastante complexa, sendo compostas de propostas de trabalho e propostas de preços. A proposta de trabalho relaciona-se às intervenções que o particular realizará e aos resultados que pretende auferir. Essa proposta será composta da descrição das atividades e da estimativa dos futuros benefícios.²⁸

A proposta de trabalho deverá contemplar ainda outras informações não previstas na lei, como a documentação atestando a correção das soluções concebidas na proposta de trabalho e viabilidade material de sua execução, bem como documentação relacionada aos investimentos que pretende realizar, de modo a justificar a exequibilidade da proposta.

A proposta de preços relaciona-se à pretensão do particular quanto à remuneração. É importante destacar que a avaliação da proposta vencedora não será realizada com a simples análise da proposta de preço, pois o fundamental nos contratos de eficiência são as expectativas de redução dos gastos. Dessa forma, a determinação da proposta mais vantajosa decorrerá do cotejo das informações constantes da proposta de trabalho e da proposta de preços, sagrando-se vencedora a proposta que ofertar o valor mais elevado de benefícios.

5.1.3 Diferenças entre o contrato de remuneração variável vinculada ao desempenho e os contratos de eficiência

Os contratos de remuneração variável e os contratos de eficiência são espécies de contratos de risco, pois, de algum modo, a remuneração do contratado está vinculada a um resultado futuro e incerto. Apesar de possuírem muitas semelhanças, sendo confundidos por muitos, trata-se de institutos diferentes, cada um com suas particularidades.

Nas contratações de remunerações variáveis são estabelecidas metas, acima do nível do objeto contratado, que representam vantagens adicionais à Administração. Se o particular

²⁸ Decreto nº 7.581/11. Art. 37: Nas licitações que adotem o critério de julgamento pelo maior retorno econômico, os licitantes apresentarão:

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

a) as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento; e

b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço em unidade monetária; e

II - proposta de preço, que corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

atingir essas metas, fará jus a um prêmio, além do valor básico contratado pelo objeto comum. No entanto, se o particular não atingir as metas previstas, haverá o inadimplemento contratual com a respectiva remuneração do contratado por parte da Administração.

Já nos contratos de eficiência, o particular assume com a Administração Pública uma obrigação de fim, tendo o dever de proporcionar uma economia à contratante, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada. Caso o particular não atinja a economia prevista no contrato, haverá o inadimplemento contratual, sofrendo uma diminuição na sua remuneração, podendo, inclusive, caso a economia seja inferior ao patamar mínimo aceitável, sofrer sanção pela inexecução.

Portanto, apesar de ambos os institutos analisados remunerarem o particular por meio de um valor incerto, variando de acordo com o resultado auferido por ele, o não atingimento dos níveis previstos nos contratos de eficiência geram o inadimplemento contratual; enquanto que nos contratos de remuneração variável, o não atingimento das metas, a despeito de não proporcionar remuneração premial ao contratado, não consiste em inadimplemento contratual.

Os contratos de eficiência serão empregados na prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens.²⁹ Já os contratos de remuneração variável se aplicam a obras e serviços, inclusive de engenharia.³⁰ O âmbito de aplicação dos contratos de eficiência são, portanto, um pouco mais restrito que o previsto para os contratos de remuneração variável. A ideia é a de que os contratos de eficiência não sejam empregados para a realização de obras quando estas não englobem também a prestação de um serviço.

O objeto do contrato de eficiência é gerar uma economia à Administração, de modo que o serviço prestado pelo contratado não envolve uma implementação de novos serviços ou estruturas à Administração Pública. Já nos contratos com remuneração variável, o objeto envolve obras e serviços, implementando novos serviços ou estruturas no âmbito da Administração Pública.

5.2 Contratação integrada

²⁹ Lei nº 12.462/11. Art. 23, §1º: O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

³⁰ Lei nº 12.462/11. Art.10: Na contratação de 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.

A Lei do RDC aproveitou a experiência da Petrobrás, que desenvolveu a figura da contratação integrada como uma modalidade diferenciada da empreitada integral. A contratação integrada foi prevista no Decreto n 2.745/1998, que disciplinou as contratações no âmbito da Petrobrás.³¹A Petrobrás atua em setores diversos, muitos deles envolvendo atividades de grande complexidade e sem paralelo na experiência usual e comum das atividades de engenharia. No entanto, é importante que se diga que, nem mesmo no âmbito da Petrobrás esse tipo de contratação é realizada como um padrão usual, sendo utilizado apenas em situações excepcionais.

A contratação integrada foi definida da seguinte maneira por Justen Filho (2013, p. 179):

A contratação integrada consiste num contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a Administração contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básico e executivo e executar o objeto com o fornecimento de materiais, utilização de equipamentos, aquisição e desenvolvimento de programas de informática e tudo o mais que se fizer necessário à entrega do objeto em funcionamento, mediante remuneração abrangente e vinculada à operação do empreendimento em condições predeterminadas.

Através da definição do instituto percebe-se tratar de um contrato de natureza complexa, compreendendo obras e serviços por meio dos quais as entidades administrativas desenvolverão atividades próprias e peculiares, Se a obra ou o serviço não forem o pressuposto e o instrumento para o desempenho de atividades diferenciadas, é incabível o uso da contratação integrada. Nesse contexto, a contratação integrada possui uma grande semelhança com a empreitada integral.

É muito importante destacar que a contratação integrada versa sobre objeto de natureza complexa, envolvendo uma obra por meio da qual se desenvolve uma atividade específica e determinada. Logo, não se admite a utilização da contratação integrada para obras e serviços de engenharia comuns.

A complexidade do objeto e as dificuldades existentes na concepção e colocação em operação são justamente os fatores que ensejam a ausência de elaboração dos projetos básico e executivo pela Administração.

³¹ Decreto nº 2.745. item 1.9: 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 entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

A Lei nº 12.980 de 2014, alterou o art.9º da Lei do RDC, passando a prever expressamente os casos em que será possível utilizar a contratação integrada:

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:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Nos incisos do art. 9º da Lei nº 12.462/11, observa-se que a utilização da contratação diferenciada ocorrerá apenas em situações excepcionais. O contratado assumirá com a Administração Pública uma obrigação de resultado, de modo que arcará com responsabilidade correspondente às escolhas que lhe incumbe. Isso significa que o contratado assumirá os riscos pertinentes às escolhas realizadas. A remuneração do particular é condicionada à produção de objeto em condições adequadas e compatíveis com os requisitos predeterminados. A ausência de atingimento dos níveis operacionais exigidos configura o inadimplemento do contrato pelo particular e autoriza a sua rejeição pela Administração.

Por se tratar de uma obrigação de fim, o particular é investido do poder jurídico necessário a criar a solução adequada e satisfatória para assegurar um resultado predeterminado. A principal característica da obrigação de resultado consiste na margem de autonomia assegurada ao sujeito obrigado a executar o objeto. A contratação determina o resultado e incumbe ao executor do objeto o dever-poder de escolher as soluções técnicas e os procedimentos necessários a produzir o objeto compatível com os indicadores contratuais exigidos, no prazo, local e condições avençados.

Essa ampla margem de escolha que possui o contratado reflete em contrapartida com a assunção dos riscos correspondentes, Os efeitos das escolhas do devedor são assumidos por ele próprio. Nesse sentido, o esforço e o empenho do contratado em busca de alcançar o resultado, por si sós, não apresentam relevância jurídica. Ao mesmo tempo, a obtenção do resultado pelo particular lhe atribui o direito subjetivo de receber a remuneração avençada, independente do esforço despendido por ele.

A despeito de a contratação integral se referir a uma obrigação de resultado, nenhum contrato é puramente uma obrigação de meio ou de resultado. Dessa forma, todas as contratações mesclam obrigações de meio e de resultado, preponderando um ou outro em

cada contrato. Dessa forma, a obrigação de resultado não impede a adoção de algumas obrigações de meio, como a exigência de adoção de práticas sustentáveis.

As contratações de meio são a grande maioria dos contratos administrativos, no entanto, existem alguns casos de contratação de resultado, como no caso analisado e nos casos de delegação de competências, sendo muito comuns nos contratos de concessão e delegação de serviços públicos. Nas contratações de meio, a Administração Pública assume uma parte dos riscos do contrato, tendo em vista que determinou as atividades a serem executadas e a forma de execução delas. Já nos contratos com obrigação de resultado, os riscos do contrato ficam por conta do particular contratado, tendo em vista que ele escolheu as atividades a serem executadas e a forma de execução, sendo responsáveis pelas suas escolhas. Desse modo, em regra, as contratações de resultado envolve valores mais elevados, tendo em vista a elevação da responsabilidade do contratado.

No entanto, existem situações em que a escolha de contratações de resultado podem gerar uma economicidade à Administração Pública. Tal situação ocorre nos casos em que a execução do objeto sem a interferência da Administração Pública assegura ampliação da eficiência econômica. A determinação do meio é problemática, pois as limitações da atividade administrativa impedem o desenvolvimento das soluções economicamente mais eficientes.

Existem casos ainda em que a complexidade do objeto e a pluralidade de problemas envolvidos na execução conduzem a que a pactuação de uma obrigação de meio seja tecnicamente inviável ou economicamente desfavorável. Em tais situações é muito mais apropriado determinar o resultado a ser atingido e atribuir à iniciativa privada o dever-poder de conceber e desenvolver as soluções apropriadas.

Destaque-se que só é conveniente à Administração Pública realizar contratos com obrigações de meio nos casos em que domine o conhecimento necessário sobre o assunto ou possa adquirir essas informações com terceiros, de modo que possa formalizar os projetos básico e executivo. A utilização de contratos de meio, além de possuir, em regra, um custo menos elevado para a Administração Pública, também permite um controle mais eficiente pela Administração Pública das atividades meio, uma fiscalização da execução efetiva.

De acordo com Justen Filho (2013, p. 180), para que a Administração Pública possa utilizar a contratação integrada, é necessário que haja uma conjunção de pressupostos, são eles: a) a insuficiência dos modelos tradicionais de empreitada; b) a existência de um objeto complexo; c) a ausência de soluções técnicas assentadas; d) a economicidade dos riscos para o particular e e) a comprovação da presença dos requisitos na fase interna da licitação.

É importante destacar que uma das atividades mais difíceis e trabalhosas da Administração Pública é a elaboração de projetos básicos e executivos. No entanto, não cabe adotar a contratação integrada simplesmente em virtude da constatação da incapacidade administrativa de promover contratação mais adequada e satisfatória, tendo em vista que essa modalidade de contrato, via de regra, possui custos mais elevados, quando comparados com as outras modalidades comuns de contratação. Se não fosse dessa forma, a Administração Pública também estaria estimulando a desqualificação técnica de seus profissionais.

Pelo fato de a contratação integrada consistir numa contratação de resultado, a inexistência de projetos básico e executivo é irrelevante. No entanto, a Lei nº 12.462/11 determina que deverá existir um anteprojeto de engenharia.³² Anteprojeto é uma expressão utilizada vulgarmente no meio técnico, indicando esboços e estudos necessários, mas não suficientes, para a concepção de uma obra ou serviço, não existindo uma disciplina específica quanto ao conteúdo do anteprojeto. De acordo com o art. 74, §3º do Decreto nº 7.581/11, "o anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes".

Dessa maneira, o anteprojeto apresenta uma grande importância nas contratações integrais, tendo em vista que é através de seus indicadores objetivos que as propostas dos licitantes poderão ser comparadas entre si. O anteprojeto deverá identificar as necessidades a serem satisfeitas por meio do objeto que se pretende executar. Deve ainda indicar os valores a serem aplicados para a execução do objeto. Também é muito importante que o documento estabeleça padrões objetivos no tocante aos resultados pretendidos, que envolve também os níveis operacionais a serem atingidos; o nível de qualidade exigida do obra ou serviço de engenharia a ser realizado; o prazo de entrega. Impende destacar também a necessidade de contemplar os parâmetros para adequar o empreendimento a certos valores e interesses protegidos pela ordem jurídica, como a redução dos impactos ambientais e a garantia à acessibilidade.

O anteprojeto de engenharia deverá ser acompanhado de todos os documentos técnicos necessários e úteis ao desenvolvimento da obra ou serviço de engenharia. Os documentos

³² Lei nº 12.462/11. 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.

§ 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 [...].

necessários variam de acordo com o tipo de obra a ser realizada. O elenco de documentos previstos no §1º do art.74 do decreto nº 7.581/11 é exemplificativo.³³

Nas contratações integrais deverá existir uma estimativa dos custos da contratação, no entanto, tal estimativa encontra o empecilho de a Administração pública não elaborar, neste caso, projeto básico, o que dificulta a cotação do valor a ser gasto na obra. Logicamente que, no caso em análise, a cotação estimada não será um valor seguro e exato, podendo ser apenas um valor estimado dos custos. Essa estimativa dos custos, no entendimento de Justen Filho (2013, p. 197), levará em conta as informações disponíveis relativamente a um objeto similar àquele pretendido. Essa estimativa de custos é essencial até mesmo para permitir uma avaliação sobre a solução mais compatível com a economicidade.

O inciso II, do §2º, do art.9º da Lei do RDC estabelece as bases de cálculo para o cálculo da estimativa de custos da contratação.³⁴

A contratação integrada poderá ser realizada em qualquer tipo de licitação, não havendo mais a obrigatoriedade de ser realizada com o tipo técnica e preço, tendo em vista a revogação do inciso III, §2º, do art. 9º da Lei nº 12.462/11.

A lei não disciplinou os critérios para determinar a viabilidade e a exequibilidade da proposta. Se em uma licitação comum tais critérios devem ser observados, nas contratações integradas, pela grande liberdade de atuação que possui o particular, tais critérios se revestem de uma importância maior. Desse modo, o edital deverá contemplar exigências mais detalhadas relativa a essa questão. No entanto, como não há previsão legal, ainda não se sabe como será realizada tal análise.

³³ Decreto nº 7.581/11. Art.74, §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 embasam 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.

³⁴ Lei nº 12.462/11. 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:

§ 2º No caso de contratação integrada:

II - 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

Como a contratação integrada já é utilizada pela complexidade do objeto e pela dificuldade de se estabelecer os parâmetros de atuação do contratado, fica muito difícil para a Administração Pública julgar se a proposta apresentada é exequível e viável. No entanto, o ônus de comprovar a viabilidade do projeto, principalmente dos mais inovadores é do particular.

Nas contratações integradas poderão ser utilizadas as contratações diretas por inexigibilidade e dispensa de licitação. Logicamente, que apenas alguns casos de contratação direta previstos na Lei 8.666/93 serão compatíveis com a contratação direta.

Aplicam-se também à contratação integrada os princípios e regras pertinentes à intangibilidade da equação econômico-financeira. O contrato formulado entre a Administração e o particular deve prever as regras que disciplinem os efeitos dos eventos supervenientes aptos a desequilibrar a relação econômico-financeira do contrato e modo de solução para restabelecimento desse equilíbrio.

A despeito da previsão do art. 37, XXI, da Constituição Federal, Justen Filho (2013, p. 200) defende a ideia de que "os contratos administrativos devem prever regras destinadas a assegurar a manutenção da sua relação original entre vantagens e encargos, as partes podem adotar uma solução determinada no tocante à alocação dos riscos de um empreendimento". No entanto, é importante a ressalva de que essa solução determinada entre as partes não poderá trazer riscos e prejuízos à Administração Pública, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público.

No RDC será utilizada a regra prevista no art. 65 da Lei nº 8.666/93 que disciplina que os riscos ordinários do empreendimento, que se configurem como previsíveis ou de efeitos calculáveis, correrão por conta do particular e os demais riscos serão arcados pela Administração Pública, em virtude da previsão do art. 39 da Lei nº 12.462/11.³⁵

A contratação integrada, no entanto, é um modo de contratação que envolve um risco mais elevado que o comum, de modo que o particular terá que arcar com os riscos que assumir para realizar o projeto do modo como demonstrado em sua proposta. Dessa maneira, os efeitos dos eventos supervenientes relacionados ao âmbito das escolhas do particular serão arcadas por ele próprio, até porque esse assunção de riscos por ele se refletirá numa elevação de preços.

Por fim, o §4º do art. 9º, da Lei do RDC prevê a impossibilidade, em regra, de celebração de termos aditivos nas contratações integradas.

³⁵ Lei nº 12.462/11. Art. 39: Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nessa lei.

No que se refere a tal dispositivo vaticina Justen Filho (2013, p. 202):

O problema não é a realização de termos aditivos, mas é a vedação a alterações contratuais ou a modificações do objeto. Basta um exemplo para compreender a questão. Suponha-se que, no curso do contrato, verifique-se a alteração da identidade do contratado em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. É evidente que caberá firmar um termo aditivo para alterar a identidade da parte.

O §4º, incisos I e II, do art. 9º da Lei do RDC são os casos em que serão cabíveis a recomposição da equação econômico-financeira. O inciso I prevê as hipóteses de caso fortuito e força maior. Já o inciso II está relacionado a decisões da Administração. O particular assume apenas os riscos pertinentes às escolhas realizadas. Mas não pode haver riscos para o particular relativamente às decisões e soluções adotadas pela Administração. Todos os riscos decorrentes de decisões da Administração serão por ela arcados. Portanto, o particular não pode arcar com os efeitos nocivos de eventos supervenientes decorrentes de fato da administração ou fato do príncipe.

Apesar de a Administração poder alterar unilateralmente o contrato, é importante que se diga que tal alteração não poderá ser realizada quando se evidenciar que ela é necessária para eliminar defeito ou erro imputável ao particular contratado.

Nas palavras de Justen Filho (2013, p. 205):

[...] identificando a existência de defeito imputável ao particular no tocante à concepção da solução a ser executada, caberá à Administração instaurar processo administrativo destinado a implementar a solução adequada. Se for cabível a continuidade da contratação com as alterações apropriadas - a serem desenvolvidas pelo próprio particular contratado -, deverá ser implementada a alteração contratual. Se for constatada a inviabilidade da correção dos defeitos, caberá reconhecer o inadimplemento do particular - consistente não propriamente na ausência de cumprimento fiel da sua proposta, mas na formulação de uma proposta defeituosa - e decretar a rescisão contratual por culpa do contratado.

Ainda no §4º, II, art. 9º, da Lei do RDC, há a previsão de que a contratação integrada respeitará o art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, possibilitando uma alteração de até 25% (vinte e cinco por cento) no valor do contrato e de 50% (cinquenta por cento) para acréscimos em caso de obra, por decisão unilateral da Administração. No entanto, não há previsão de respeito ao disposto no art. 65, §2º, da mesma legislação. Desse modo a alteração no valor do contrato não poderá exceder os limites estabelecidos naquela disciplina legal, nem mesmo quando haja acordo celebrado entre as partes.

6 A RELAÇÃO DOS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA E DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA COM A EFICIÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS

A eficiência na atuação da Administração Pública é um temas mais discutidos no âmbito jurídico nacional. Tamanha a importância da questão, a eficiência foi alçada em 1998 ao status de princípio constitucional, positivado no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

Algumas alternativas foram apresentadas por Tohá e Solari (1997, p. 88) para elevar os níveis de eficiência na administração pública:

Para se alcançar níveis mais elevados de eficiência e eficácia, é preciso procurar estabelecer condições equivalentes à racionalidade do mercado, sem, contudo, deixar de considerar as especificidades do setor público. Para tanto, devem ser estabelecidos critérios e criados mecanismos que cumpram essa função. Dentre os critérios, encontram-se os seguintes: a alteração dos processos orçamentários para levar em consideração definições relacionadas a produtos e objetivos mensuráveis e passíveis de avaliação; a revisão dos fatores que definem a rentabilidade social dos serviços, programas e investimentos realizados pelo setor; os conceitos da produtividade no setor público; introdução de critérios que atribuam um peso maior à demanda dos cidadãos no momento da tomada de decisão; e, finalmente, adoção de padrões comparativos para se poder fazer uma avaliação do rendimento e da qualidade das ações do Estado.

Tohá e Solari (1997, p. 88) ainda relacionam os mecanismos que poderão ser utilizados para a operacionalização dos referidos critérios:

- a) a redefinição explícita da missão de cada órgão. Para adequar o funcionamento do órgão à sua missão, é desenvolvido o planejamento estratégico, estabelecem-se objetivos e metas, definem-se atividades e programas, clientes e usuários, prioridades e prazos;
- b) definição de incentivos e sanções econômicas, profissionais e institucionais para obter comportamentos e interesses compatíveis com os objetivos definidos;
- c) avaliação dos resultados da gestão mediante indicadores, auditorias periódicas e diferentes estudos que incluem consultas ao públicousuário;
- d) vinculação entre a avaliação da gestão e a designação de recursos orçamentários, a formulação de políticas e a nomeação, a confirmação ou o afastamento dos dirigentes.

Os institutos analisados neste Trabalho estão inseridos nesse contexto, no sentido em que definem incentivos e sanções econômicas aos contratados; facilitam a avaliação de resultados dos contratos.

De acordo com Marinela (2003, p. 44), "a eficiência [...] consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de

desperdícios de dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada [...]". Da lição da autora, conclui-se que três fatores são muito importantes para analisar a eficiência dos contratos públicos: a qualidade do serviço prestado ou do objeto entregue; o tempo em que essa obrigação é satisfeita e o valor correspondente a ela.

Um dos objetivos do Regime Diferenciado de Contratações, expresso no §1º art. 1º da Lei nº 12.462/11 é "ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes".³⁶ Os institutos da Lei nº 12.462/11 analisados neste trabalho atuam exatamente nesses fatores, ora buscando elevar a qualidade do serviço prestado ou do produto entregue; ora buscando reduzir o tempo de quitação da obrigação, ora reduzindo os gastos da Administração Pública com despesas de custeio.

Nos contratos de eficiência, como o próprio nome indica, a busca da eficiência é mais facilmente percebida, assim como a mensuração da eficiência alcançada, tendo em vista já existir o serviço público e o objeto do contrato ser exatamente a redução dos custos desse serviço. O contrato de eficiência tem como objeto uma obrigação de resultado, vinculando a remuneração do particular à redução dos custos auferidos ao longo do contrato em virtude de sua atuação. Dessa maneira, o objetivo imediato do contrato é a redução de despesas de custeio, sendo o objetivo mediato a elevação da eficiência nos contratos públicos.

A facilidade em mensurar a eficiência obtida pela Administração Pública nesse tipo de contrato refere-se ao fato de que o contrato incide sobre um serviço que já é prestado pela Administração. Desse modo, a redução de custos poderá ser realizada através de uma simples comparação entre as despesas da Administração antes do contrato e as despesas após o contrato.

É importante ressaltar que a redução das despesas de custeio no contrato de eficiência não poderá vir acompanhado de redução da qualidade do serviço prestado, pois, neste caso não haveria elevação da eficiência. A finalidade de elevar a eficiência das contratações públicas por parte dos contratos de eficiência é perceptível através de simples leitura do dispositivo legal:

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.³⁷

§1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

³⁶ Lei nº 12.462/11, art.1º, §1º

³⁷ Art. 23, Lei nº 12.462/11

Conclui-se que os contratos de eficiência buscam uma redução de custos para a Administração Pública, com uma manutenção da qualidade na prestação dos serviços.

A contratação com remuneração variável está relacionada a contratos em que haja um nível variável de satisfatoriedade para a Administração Pública, em que essa variação será relacionada com uma variação na remuneração do particular contratado. Esse tipo de contrato está relacionado com a teoria dos incentivos muito utilizada na iniciativa privada, na qual, a remuneração do prestador de serviço, integral ou parcialmente, está vinculada ao seu desempenho, variando de acordo com os resultados obtidos.

Nesse tipo de contrato a remuneração do contratado poderá estar vinculada a diversos fatores previstos no *caput* do art. 10, da Lei nº 12.462/11. Desse modo, a eficiência dos contratos poderá ser alcançada de diversos modos, a variar de acordo com o caso específico.

A remuneração do particular contratado poderá variar de acordo com vários critérios, previstos no art. 10 da Lei nº 11. 462/11³⁸

A variedade de critérios possíveis de ser utilizados para a remuneração do particular nessa modalidade de contrato, fazem com que eles sejam úteis em uma ampla gama de contratos públicos, se adequando a contratações com diversas finalidades.

Já as contratações integradas poderão ser utilizadas nas seguintes hipóteses: a) inovação tecnológica ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Nesses casos, a elaboração de projetos básico ou executivo causariam o engessamento da atuação do particular em relação ao objeto, de modo que, não seria possível a realização da atividade com métodos mais eficazes e eficientes.

Dessa maneira, a utilização da contratação integrada estimula a utilização de metodologias inovadoras e novas técnicas que tragam benefícios cada vez maiores à Administração Pública contratante. No entanto, tais contratos estão vinculados a uma obrigação de resultado, de modo que o estímulo a tais inovações não poderá trazer diminuição da qualidade do serviço prestado. Além da obrigação de resultado, os particular contratado deverá seguir ainda o anteprojeto de engenharia elaborado pelo órgão licitante.

É importante destacar ainda que a realização do projeto básico pelo próprio contratado permite uma diminuição de mudanças de execuções no curso do contrato, pois a própria

³⁸ Lei Nº 12.462/11. Art. 10. 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

empresa que irá realizar o projeto desenvolveu o projeto básico, fazendo-o de acordo com suas possibilidades e expectativas. Além de que, caso haja um erro na formalização do projeto básico, o particular poderá ser responsabilizado por inexecução.

Assim, de acordo com Reisdorfer (2011, p.03):

[...] se por um lado a relativa incerteza resultante não é desejável *a priori*, por outro ela permite a um só tempo absorver para o âmbito administrativo soluções técnicas inovadoras e remeter os riscos de projeto ao futuro contratado.

Nos casos de contratação integrada, caso seja necessário a revisão e readequação de projetos elaborados equivocadamente, o particular arcará com os custos de tais alterações, pois foi o responsável pela elaboração do projeto básico. Esse fato a um só tempo, diminui os casos de alteração dos projetos, pois, sabendo que serão responsáveis pela alteração, os contratados farão o projeto com um maior zelo e ainda gera uma redução de custos para a Administração Pública nos casos em que alterações sejam necessárias.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a Lei nº 12.462/11, a despeito de ter sido criada com o objetivo de realizar as obras para os megaeventos esportivos a serem realizados no Brasil nos anos de 2013, 2014 e 2016, trouxe inovações ao tema das licitações públicas que há muito eram reivindicadas pelos administrativistas pátrios. Verifica-se que se aproveitou uma circunstância de dificuldade de cumprimento dos prazos para conclusão das obras destinadas aos megaeventos esportivos para inserir modernizações na disciplina das licitações. Diante da dificuldade de identificar os principais problemas e soluções para o procedimento licitatório, a Lei nº 12.462/11, por ter sido criada com um caráter temporário, se tornou uma opção de experimentação legislativa na qual poderiam ser testadas as alterações que o legislador achasse pertinente.

Nesse contexto, o Regime Diferenciado de Contratações pode ser visto como um marco na legislação das contratações públicas brasileiras, tendo em vista que, inseriu diversos institutos inovadores ao tema, os quais, poderão passar a ser utilizados no procedimento licitatório comum, caso traga bons resultados. Muitas dessas inovações buscam elevar os níveis de eficiência das contratações públicas, de diversas maneiras, seja reduzindo as despesas de custeio da Administração Pública, seja elevando a qualidade dos serviços prestados pelos particulares contratados por ela ou também através da redução de tempo para o cumprimento dos contratos.

Os institutos inseridos na Lei nº 12.462/11 que mais se relacionam à elevação dos níveis de eficiência nas contratações públicas são: os contratos de eficiência; os contratos com remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado e as contratações integradas.

Os institutos analisados no presente trabalho têm um grande potencial de elevar os níveis de eficiência nas contratações públicas, de modo que devem ser estudados e ter seus resultados analisados de modo que possibilitem à Administração Pública inseri-los no âmbito de uma quantidade cada vez maior de contratações, passando a aplicá-los âmbitos cada vez mais amplos. Entretanto, é importante destacar que a legislação acerca dos institutos analisados no trabalho ainda apresenta algumas falhas e lacunas, devendo ser aperfeiçoada para que a utilização deles seja realizada da melhor maneira possível, não gerando distorções prejudiciais ao interesse público.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo. Ed. Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007, p. 205.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de março de 2015.

BRASIL. Decreto nº 2.745 de 24 de agosto de 1998. **Aprova o regulamento do procedimento licitatório simplificado da petróleo brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em 25 de março de 2015.

BRASIL. 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 4 de agosto de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para reforma administrativa e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 25 de março de 2015.

BRASIL. 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.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Disponível em: 20 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em 05 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado e Administração pública gerencial*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª edição, Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Atlas, 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Ed. Elsevier, 2009.

DE REZENDE, M. R. *O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 27ª edição. São Paulo, Ed. Atlas, 2012.

FERRAZ JUNIOR, T. S, *Constituição brasileira e modelo de Estado: Hibridismo ideológico e condicionantes históricas*. Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. Edição especial em comemoração aos 10 anos da Constituição Federal, p.145-148, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição, Belo Horizonte-MG: Editora Forum, 2011.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários ao RDC*. 1ª edição, São Paulo, Ed. Dialética, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7ª edição. Niterói, Ed. Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª- edição. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

MODESTO, P. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. Interesse Público, São Paulo, Ed. Notades, nº 7, 2000.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no regime diferenciado de contratação (Lei nº 12.462/11)*. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 12 mai. 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 56, outubro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 22 abr. 2015.

TOHÁ, C.; SOLARI, R. A modernização do estado e a gerência pública. *Revista do Serviço Público*, Brasília: ENAP, ano 48, n. 3, p. 85-104, set./dez. 1997.