



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo

ANDRÉ EMEDIATO BARBOSA DA SILVA

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
Um instrumento inovador ao regime público de contratação

Brasília – DF

2014

ANDRÉ EMEDIATO BARBOSA DA SILVA

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA:

Um instrumento inovador ao regime público de contratação

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília

2014

André Emediato Barbosa da Silva

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA:

Um instrumento inovador ao regime público de contratação

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do Curso
de Pós-Graduação em Direito
Administrativo do Instituto
Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília, 21 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Membro

Membro

Membro

Dedico essa monografia aos meus pais,
Pedro e Tânia por seu amor irrestrito, e a
Jujú, pelo carinho e afeto a mim
dedicados.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me manter firme, nos propósitos, mesmo diante as dificuldades encontradas no nosso viver.

RESUMO

Com o objetivo de fornecer meios de simplificar os procedimentos licitatórios e agilizar a execução de obras aos grandes eventos que o país recebeu e ainda está por sediar que em 05. 08.2011, com o advento da Lei 12.462, instituiu-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. O novo regime, a princípio de forma temporária, trouxe ao ordenamento jurídico das licitações públicas muitas inovações com objetivo de dar meios legais ágeis para a execução das obras que diretamente estariam envolvidas com os megaeventos que o país executará. Embora tenha nascido com intuito temporário, estratégico, concedendo as licitações governamentais celeridade e economia, a nova legislação focou-se em ser a norma que permitiria o Estado a realizar as licitações para eventos de magnitude internacional que serão celebrados no país no ano de 2014 e 2016. Entretanto, o novo modelo de licitações do Estado que estava calcado em permitir diminuição da burocracia, celeridade e economia aos certames públicos aos grandes eventos que serão realizados no país, se alargou em direção a novos objetivos. As legislações 12.688, 12.722 e 12.745, ambas do ano de 2011, incluíram os incisos IV, V e parágrafo terceiro a lei 12.462/2011. Com tal situação, se vê um grande alargamento do instituto jurídico do RDC, permitindo a sua utilização em muitos setores do Estado, em circunstâncias distintas que irão se utilizar de uma substancial parcela do investimento governamental, fato que denota a relevância do novo regime ao sistema público licitatório.. Por tudo isso, este trabalho terá como propósito entender em que medida a sistemática legal trazida pelo RDC pode auxiliar no regime geral de licitação pública.

Palavras-chave: Licitação Pública. Princípios Gerais. Regime Diferenciado de Contratação - RDC. Alargamento legal do instituto do RDC. Regime Geral de Contratação Pública.

ABSTRAT

Aiming to provide means of simplifying the bidding procedures and streamline the execution of works to the big events that the country hosted and will host, the Act n. 12462/2011 created a scheme for Differential Recruitment (RDC). The new regime put forward a system of public bidding with innovations in order to provide responsive legal avenues for the works that were directly involved with the big events yet to come. Though temporary, directed specifically towards bringing agility and saving expenses, the new legislation aimed to facilitate the international events in 2014 and 2016. Meanwhile, the new bidding procedure that reduced bureaucracy, brought agility and saved expenses, widened toward new goals (ou “widened its horizons”). The Acts n. 12688/2011, 12722/2011 and 12745/2011, included sections IV, V and third paragraph to article n. XXX in Act n. 12462/2011. Therefore, we see a large extension of the new regimen (RDC), allowing the State, in certain situations that will require substantial public investment, to make use of the new RDC Act. That shows the importance of the new bidding regimen. For all that, this article aims comprehend in which extension the new system brought by the RDC Act can help the overall bidding process.

Keywords: Bidding. General Principles. Scheme for Differential Recruitment - RDC . Enlargement RDC Act. General Rules of Public Procurement.

1 Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1- OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO 11	
1.1- O princípio da legalidade	12
1.2- O princípio da supremacia do interesse público	14
1.3- O princípio da obrigatoriedade de licitação	16
1.4- O princípio da competitividade	17
1.5- O princípio do julgamento objetivo	19
1.6- Demais princípios correlatos	19
2- AS PRATICAS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL – EXAME INTEGRADO DAS LEIS 8.666/93, 10.520/2002 e LEI COMPLEMENTAR 123.	25
3- REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – INOVAÇÃO AO SISTEMA PÚBLICO DE CONTRATAÇÕES	36
3.1- OBJETO DE ALCANCE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.	40
3.2- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO NOVO REGIME.....	41
3.3- OBJETIVOS IMPOSTOS PELO REGRAMENTO DO RDC	43
3.4- PRINCIPAIS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELO REGRAMENTO DO RDC	44
3.5- PONTOS DE APREENSÃO INFORMADOS PELA DOUTRINA CONTIDOS NO RDC..	45
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

O regime legal de licitação pública vem passando por grande transformação. Nos últimos anos, novas legislações trouxeram alterações jurídicas substanciais ao regime sistema de licitações públicas. Este novo regime jurídico nasceu por meio da Medida Provisória número 527/2011, que veio a ser convertida em lei recebendo o número de 12.462/2012.

A suposta legislação almeja o objetivo de introduzir ao regime das licitações públicas, novas situações, com o fim específico de proporcionar celeridade e economia necessárias as licitações. Embora tenha nascido com intuito temporário, estratégico, concedendo as licitações governamentais celeridade e economia, a nova legislação focou-se em ser a norma voltada para Estado a realizar as licitações para eventos de magnitude internacional que serão celebrados no país no ano de 2014 e 2016.

Entretanto, o novo modelo de licitações do Estado que estava calcado em permitir diminuição da burocracia, celeridade e economia aos certames públicos nos grandes eventos que serão realizados no país, se alargou em direção a novos objetivos. As legislações 12.688, 12.722 e 12.745, ambas do ano de 2011, incluíram os incisos IV, V e paragrafo terceiro a lei 12.462/2011.

Os novos institutos alargaram o regime do RDC, permitindo o regime diferenciado de licitação para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento, Obras e Serviços de Engenharia no âmbito dos serviços públicos de Ensino e, Obras e Serviços de Engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O referido regime diferenciado de contratação permite a utilização do novo sistema de compras a União Federal, Estados, Municípios, Capitais de Estado sedes dos eventos internacionais que ocorrerão no país, a Administração Indireta, Autoridade Pública Olímpica. Com isso foi possibilitado um largo acesso normativo aos entes políticos estatais.

Com tal situação, o RDC torna instituto jurídico relevante, permitindo a sua utilização em muitos setores do Estado, em circunstâncias distintas, e podendo ser o meio jurídico escolhido para se utilizar de uma substancial parcela do investimento governamental. Com isso, é ínsito que o alargamento do instituto do RDC permitirá a sua maior relevância dentro do ordenamento pátrio.

A partir deste cenário, este exercício se propõe a trazer ao leitor, em síntese, temas relevantes acerca dos princípios e legislações que envolvem a temática da licitação pública governamental. A apresentação do exercício, no primeiro capítulo, foram expostos os princípios que envolvem a temática da licitação pública.

No capítulo seguinte, é exposto ao leitor às práticas que envolvem as licitações públicas no Brasil. Alguns dos principais tópicos presentes nos regramentos sobre licitação foram examinados de maneira integrada, contendo as leis 8.666/93, 10.520/2002 e a lei complementar 123.

No terceiro e último capítulo deste exercício foram expostos as principais soluções e dificuldades encontradas na aplicação do Regime Diferenciado de Contratação - RDC. Desta maneira, ao se escolher esta temática, se tornou importante à compreensão de como este novo regramento se colocará diante aos demais regramentos existentes no país que tratam sobre a licitação pública.

Por tudo isso, este trabalho terá como propósito entender em que medida a sistemática legal trazida pelo RDC pode auxiliar no regime geral de licitação pública. Também, se a implementação deste regime irá alterar o quadro normativo relativo à matéria, substancialmente, ao ponto de enfraquecer o regime geral de licitações, lei 8.666/93.

Por fim, é relevante compreender se o novo instituto fornecerá ao Estado brasileiro as condições almejadas, para que satisfaçam o encontro dos ideais por licitações ágeis, econômicas e, que possam transcorrer em um ambiente de total transparência e segurança jurídica.

1- OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A Constituição de 1988 colocou a Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em todas as suas atividades subordinadas a uma série de princípios normativos, pelos quais deve pautar todos os seus atos e decisões (BRASIL, 1988).

Os referidos princípios serão encontrados em tudo aquilo que vier a ser produzido, emanado pelo Poder Público. Caso contrário, o ato estatal administrativo em flagrante ilegalidade ou, mesmo que em conformidade com a lei, em afronta veemente ao arcabouço principiológico norteador da atividade administrativa estatal.

Correlata às regras impostas aos atos administrativos está o procedimento licitatório. Segundo MEIRELLES (2003, p.86), este, de igual modo a todos os atos administrativos, deve obediência ao alicerce próprio da base normativa contida na Administração, como demonstrado, a vinculação à legalidade e a todos os princípios que dela advêm.

Nesse diapasão, observa-se que todos os princípios obrigatoriamente observados em uma licitação objetivam e caminham a um mesmo alvo, a prevalência do interesse público sobre qualquer outro objetivo comum a ser encontrado no âmbito de um certame público.

De acordo com MELLO (2008, p.99), compreende-se a natureza jurídica do procedimento licitatório. Verifica-se que as regras e dispositivos de vinculação cogente, revela ser de ordem pública o certame administrativo. Seus procedimentos e normas são observados na consecução dos atos administrativos, sob pena de se não respeitados, serem considerados ilegais.

Para MEIRELLES (2003, p.87), o procedimento licitatório segue a lógica imposta aos atos jurídicos aceitos pelo Direito Administrativo. Para este ramo do direito há dois princípios que se destacam para execução de

um ato administrativo que está adstrito ao sistema pátrio brasileiro. São eles os princípios da legalidade, que regula todos os atos emanados do Poder Público, e o da supremacia do interesse público, que direciona a finalidade e o motivação para a elaboração do respectivo ato administrativo.

1.1 O princípio da legalidade

Para MEIRELLES (2003, p.86), o princípio da legalidade, de apreço constitucional, é parte de um arcabouço principiológico normativo, formalmente contido na Constituição Federal. Tal princípio, colocado ao Direito Brasileiro pelo Constituinte Originário objetiva regular e padronizar as relações travadas pela Administração Pública. O referido princípio tem a força de regular as relações entre entes públicos, com o particular ou até mesmo em atos de gestão e mero expediente.(CF-1988)

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, que nenhuma pessoa será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo senão por força normativa (BRASIL, 1988). Esta norma contida na Constituição vem a denotar expressamente o apreço que o constituinte originário concedeu ao respeito à lei.

Entretanto, norma colhida em conteúdo se aplica à atividade administrativa e aos atos exarados pelos gestores públicos, enquanto agentes do Estado. Porém, verifica-se que a descrição normativa se deu de maneira indireta.

Para MEIRELLES (2003, p.86) tal exegese normativa sobre o referido inciso traz a conclusão que, diferentemente do particular, que tudo pode fazer desde que não proibido em lei, para o caso da Administração Pública, só há permissão para a sua atuação dentro dos moldes e limites conferidos pela lei.

A partir dessa análise realizada infere-se MEIRELLES (2003, p.87) o raciocínio de que, o administrador, na ausência ou omissão de norma positivada, deve-se manter inerte na atuação, ao passo de que o particular, em

regra, pode fazer tudo àquilo que lhe convém, desde que não resguardado legalmente.

Ilustra-se que a restrição posta no texto Constitucional aos gestores públicos, e por outro lado de igual modo, à liberdade conferida aos particulares, encontra amparo não apenas infraconstitucional, mas, de forma expressa, no próprio texto da Constituição Federal de 1988.

Ainda para exprimir o anseio ao marco legal exposto pelo constituinte originário cita-se o artigo 37 da Constituição Federal, que disciplina a forma pela qual a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverá atuar. Neste mesmo artigo são expostos outros princípios de observância obrigatória, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Em consonância, BASTOS (1996, p. 25) interpreta essa lição asseverando que:

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. (...) Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.

Em relação ao mesmo tópico, TÁCITO (1996, p. 2) expõe o seguinte raciocínio, “(...) ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente.”:

Desta forma, para MEIRELLES (2003, p.87) a Administração Pública, em toda a sua atividade funcional, está vinculada a se sujeitar aos mandamentos da lei e do bem comum. Tais princípios são norteadores de todas as relações estabelecidas pela Administração, seja ela entre entes públicos, ou sendo uma das partes o particular se relacionando com o ente estatal. Tal ato administrativo se celebrado em discordância do que impõe a lei, deverá o ato administrativo ser considerado ilegal, e com todas as

repercussões sob os prejuízos advindos do descumprimento normativo possa ter gerado a Administração Pública.

Para MELLO, (2008, p.100) é claro se observar sobre a exegese que se faz em relação ao princípio da legalidade aplicado nas licitações públicas. Para o caso de acesso do particular ao certame público, é de encargo por parte da Administração a permissão para a participação de qualquer interessado nos procedimentos licitatórios. Sendo relevante observar que se o acesso à participação do particular for uma vez negada, pode este invocar o referido princípio para ver sanada tal irregularidade. Frisa-se que a abertura a participação de particulares em certames públicos não advém da vontade das partes envolvidas no certame licitatório, e sim, definida por força cogente constitucional e legal.

1.2 O princípio da supremacia do interesse público

Para MELLO (2008, p.96), não menos relevante do que o primeiro princípio exposto neste trabalho está o da supremacia do interesse público. O referido princípio da supremacia do interesse público, embora não trazido ao lado do princípio da legalidade que foi exposto capítulo sétimo, onde é tratada a Administração Pública na Constituição Federal de 1988, detém a mesma relevância no espectro de avaliação elaborado pela Administração.

O princípio da supremacia é encontrado em apreço normativo legal, o que deve ser observado pelo Poder Público em sua atuação. A Lei Federal nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê em seu artigo 2º, caput, que a mesma Administração deve obediência dentre outros princípios normativos, o que informa a - supremacia do interesse público (BRASIL, 1999).

Para MEIRELLES (2003, p.99), a prioridade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é pressuposto da atividade estatal, e conclui-se daí que a existência do Estado se dá pela busca do interesse geral. Este domina aquele, e não o oposto.

Em acolho ao princípio em tela expõe-se o ensinamento de MELLO, (2008, p. 96) considera que:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele (...)

E, para continuar com o ensinamento do douto professor, prosseguem-se os seguintes ensinamentos (2008, p. 96):

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade de como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado coincidente com o interesse público primário.

Para MELLO (2008, p. 96) é inquestionável e por tal razão necessita-se ser frisado neste exercício que, o princípio do interesse público está diretamente ligado ao da finalidade contida nos atos emanados pelo Estado e, por consequência, deste princípio decorre o da indisponibilidade do interesse público. Tal raciocínio se faz correto em virtude de, em sua atividade, a Administração não pode dispor da finalidade da pública que esteja envolta no ato estatal, e nem do interesse comum que deva estar presente no ato da Administração Pública.

Para DI PIETRO (2011, p. 66) o referido princípio da supremacia do interesse público, ao Estado não mais é suficiente gerir o poder de polícia apenas com as normas que impõe obrigações negativas, de não fazer. Cabe ao Estado a imposição de normas positivas, que interveem na economia, propriedade, intervindo na sociedade como meio de garantir a esta, a distribuição das funções da Administração Pública.

Segundo DI PIETRO (2011, p. 67), para exemplificar sobre a aplicação do princípio da supremacia do interesse público traz o seguinte exemplo:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. (...) se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, (...) estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei.

Para MEIRELLES (2003, p.99), o respeito a supremacia do interesse público é conferida à Administração mediante leis, de força cogente. O titular da busca pela finalidade geral é o Estado, motivo pelo qual não abre possibilidades à Administração em dispor ou renunciar esse interesse. Tal disposição ou renúncia estatal só poderá ser feita mediante edição de nova lei estatal sobre o supraprincípio em tela.

Mesmo autor informa que, em caso de revogação, é plausível o questionamento sobre a constitucionalidade da lei revogadora do referido princípio por esta ir de encontro com os demais princípios da administração de força constitucional.

1.3 O princípio da obrigatoriedade de licitação

Para JUSTEN FILHO, é de abrangência conceitual e notória que o contrato administrativo é o instrumento de cunho normativo apto a formalizar uma celebração de vontades entre um ente do Poder Público e um particular, cada qual com sua obrigação (deveres) e, também, contraprestação (direitos).

Assim sendo, é vedada a Administração, valendo das suas prerrogativas, dirigir a contratação pública, orientando-se por interesses subjetivos, em detrimento dos demais interesses públicos envolvidos nos certames.

É com objetivo de atrair a proposta que mais atenda aos interesses da Administração que surge obrigatoriedade de licitar por parte da Administração, por conseguinte, o procedimento licitatório. Este que obriga a Administração a lançar certame público, no qual concorrerão em igualdade de condições todos os interessados para aquela avença, sempre que se veja na iminência de uma contratação, seja em razão de aquisição de um produto, seja em razão da prestação de serviços terceirizados.(BRASIL,1988)

Estão fora da obrigatoriedade em licitar as situações jurídicas excepcionais previstas em lei, sendo certo que tais hipóteses constituem-se em rol taxativo, exaustivo, numerus clausus. Portanto, a regra para a Administração no ato de contratação pública é de celebração dos certames públicos.

A regra exposta por âmbito Constitucional em seu artigo 37, inciso XXI, que em todas as obras, serviços, compras e alienações da Administração, está esta obrigada a observar o processo de licitação pública, ressalvados apenas os casos especificados na legislação (BRASIL, 1988), também encontra amparo infraconstitucional, por meio do artigo 1º da Lei nº 8.666/1993.

É relevante trazer ao estudo que além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, subordinam-se ao regime público de licitação (BRASIL, 8.666/1993).

1.4 O princípio da competitividade

Para a checagem sobre a legalidade dos atos celebrados de um certame licitatório é importante analisar se estes foram capazes de atrair o interesses dos particulares que quiseram negociar com Administração, ademais, se os referidos atos praticados pelos gestores públicos responsáveis pelo andamento da licitação não foram capazes de frustrar ou atentar à competitividade do concurso. Caso contrário, se os atos dos gestores

responsáveis pela condução do certame frustrar o mesmo ou até, diminuir a competitividade da licitação seus atos serão passíveis de anulação por vício de ilegalidade.

É evidente que no paragrafo anterior de forma indireta esteve exposto o princípio da competitividade da licitação, segundo o qual a Administração só poderá optar pela proposta efetivamente mais vantajosa se presentes todos os interessados que possam fornecer o objeto definido em edital específico (BRASIL, 1993).

Por meio deste zelo com o procedimento licitatório, por conseguinte, com o erário público, que o certame público estará livremente aberto a todos aqueles que se vejam na possibilidade de contratar com o Poder Público. Em um segundo momento, é que a entidade geradora da licitação encontrará a proposta que mais atenda a seu interesse do Estado, evitando todos atos administrativos que possam frustrar a disputa, com isso, aprimorando o certame em prol do interesse público, e da competitividade entre os particulares.

O princípio em apreço é referenciado em diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações e Contratos e, também, no próprio texto da Constituição. A exemplo, ilustra-se a norma contida na Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 90, que tipifica como conduta criminosa a praticada por indivíduo que tem por intenção frustrar, mediante fraude, ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento.

Segundo CARVALHO FILHO (2007, p.218), chega-se ao raciocínio que a competitividade na licitação é o princípio emérito para celebrar a contratação pública, não podendo a Administração se olvidar desse postulado sob o risco de atentar contra a moralidade do certame, legalidade, eficiência e demais princípios envolvidos no tema das contratações públicas.

Para CARVALHO FILHO (2007, p.218), o referido princípio informa que a Administração no ambiente jurídico da licitação pública não pode impor regras ao certame que imponham a restrição do caráter competitivo que este, de forma natural, deve possuir.

1.5 O princípio do julgamento objetivo

De acordo com CARVALHO FILHO (2007, p.218), julgar de forma objetiva as propostas formuladas em um certame licitatório é um princípio norteador dos procedimentos intrínsecos aos certames públicos. Este é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A imposição deste instituto as licitações objetiva evitar que haja nestas atos estatais eivados de subjetivismo e personalismo.

Assim, verificou-se na Lei Geral de Licitações a vontade do legislador de defesa ao princípio. Para o exemplo citam-se os artigos 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993. Os referidos artigos em apreço trazem o princípio ao ordenamento pátrio e estipulam que dele não pode o administrador se desvincular.

Com isso, chega-se ao entendimento que, para o julgamento das propostas nos certames licitatórios, a Comissão julgadora do pleito, se orientará por uma análise objetiva das propostas, definidas por regras normativas e contidas em editais, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos na referida Lei (BRASIL, 1993).

Ainda, também, que para a escolha da melhor proposta ocorra envolta por critérios objetivos, compreendida esta objetividade como a decisão que se pautar nos critérios previamente estabelecidos em editais de convocação e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de forma a trazer publicidade as regras contidas no certame e também, a possibilitar análise dos atos contidos no certame pelos órgãos de controle (BRASIL, 1993).

1.6 Demais princípios correlatos

Há além dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público explicitados, em todo procedimento licitatório realizado pela Administração Pública, seja para uma futura aquisição de um produto ou prestação de um serviço, outros princípios de relevância que devem ser

observados pelo administrador público em sua atuação nos procedimentos licitatórios em questão.

Serão expostos neste exercício aqueles princípios que são de maior relevância aos procedimentos licitatórios. Frisa-se que este trabalho não busca esgotar a análise principiológica envolta ao tema das licitações públicas. Por razões de objetividade e clareza do trabalho, se pautou por incluir os princípios de maior utilidade aos certames públicos. Esta utilidade julgada pelo discente que elabora este exercício.

Inicia-se este momento do exercício com o estudo sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Este é um fundamento que vige analisar a proposta emanada pelo particular em comparação e respeito ao objeto exposto em edital, com isto se aplica o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Neste postulado, elencado no artigo 41, caput, da Lei nº 8.666/1993, informa que, publicitado o edital de convocação para participação em um procedimento licitatório, as normas e diretrizes impostas neste diploma não mais se fazem como meras diretrizes aos participantes do certame, mas, com força de regramento legal entre às partes envolvidas no certame público.

Com isso, a Administração não pode descumprir as normas e condições impostas pelo edital, ao qual se acha estritamente vinculada, caso contrário, ação estatal será considerada viciada, passível de ilegalidade (BRASIL, 1993).

Com isso, o edital do certame licitatório vincula não só os particulares interessados em apresentar propostas no certame, ainda, traz vinculação também a própria Administração. Esta que elaborou e publicou o edital, às regras ali estabelecidas, não poderá em um segundo momento, contrariá-las. Trata-se de um princípio garantidor de moralidade administrativa e segurança jurídica aos celebrantes do certame público.

GASPARINI (2012, p. 293) esclarece a matéria ensinando que:

(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de

rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta.

DALLARI (1997, p. 92) segue na mesma linha, aduzindo que:

O edital há de ser completo, de molde a fornecer uma antvisão de tudo que possa vir a ocorrer no decurso das fases subseqüentes da licitação. Nenhum dos licitantes pode vir a ser surpreendido com coisas, exigências, transigências, critérios ou atitudes da Administração que, caso conhecidas anteriormente, poderiam afetar a formulação de suas propostas.

É sob a ótica do referido princípio, o de vinculação ao edital, que se busca neste momento citar outros correlatos que direcionam a todos os certames públicos, o respeito aos princípios ensejadores da impessoalidade e moralidade administrativa. Assim de forma correlata, percebe-se a interação dos princípios que envolvem as ações executadas nos certames públicos.

Com isso chega-se a conclusão que o caminho definido pelo administrador deve respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, além do que, os atos praticados por este deve estrito respeito definido por lei e o edital do certame. É visto que esta aparente colisão de princípios, em nada confunde ou enfraquece a análise do administrador enquanto participante do certame licitatório. Ao contrario, fornece o caminho que a lei define para nortear a escolha da proposta, por meio da discricionariedade admitida, que os princípios ora em comento alicerçam o objetivo precípua da escolha pela Administração da melhor proposta ao Estado.

Por isso é compreendido que a Administração, e conseqüentemente, o administrador público, tem ao seu alcance, os meios definidos por lei, que podem até permitir a discricionariedade aos procedimentos licitatórios, mas não olvidando dos limites estatuídos pelos princípios constitucionais e as próprias leis que regem a matéria licitação pública. Assim se contrariamente agir o administrador, infringirá a discricionariedade permitida e alcançará a arbitrariedade, padecendo seu ato de vicio de legalidade.

Compartilha desse raciocínio BASTOS (1996, p. 34), lecionando que:

Toda vez que o administrador pratica algum entorce na legislação para abranger uma situação por ela não colhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal, a Administração está se desviando da trilha da legalidade.

Com isso firma-se o raciocínio que, na não observância do que a lei define ou permite fazer, o gestor administrativo viola frontalmente muitos princípios que regem a Administração Pública, em principal citam-se a legalidade, impessoalidade e a moralidade da Administração.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a necessidade de observância da impessoalidade e moralidade administrativa, atestando que não há como se prestigiar, em um regime democrático, solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta como desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade (REsp. 1098783/ MG RECURSO ESPECIAL 2008/0227396-0, Rel. Min. Castro Meira, DJU 13.10.2011).

A Corte Suprema - STF, sobre o que consistem esses princípios, ao passo de que, analisando o caso concreto, no **RE 423560 / MG – Minas-Gerais Recurso Extraordinário relator(a): Min. Joaquim Barbosa julgamento: 29/05/2012 órgão julgador: Segunda Turma**. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes

de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido.

Portanto, feito o breve estudo jurisprudencial sobre os princípios de maior relevância aos procedimentos licitatórios, torna-se é importante trazer o dogma corolário dos certames públicos, o princípio da isonomia entre os participantes.

Referido princípio emolda o ordenamento jurídico pátrio não só em sede doutrinária e jurisprudencial, como restará demonstrado, mas, pela própria palavra normativa da lei, que proíbe de maneira literal o estabelecimento de critérios diferenciadores com o objetivo de trazer privilégios a determinados participantes de certames licitatórios.

O artigo 3º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993, veda aos agentes públicos a escolha por preferências subjetivadas, em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Ainda, impõe também proibições o tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária e qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras (BRASIL, 1993).

Neste contexto, CARVALHO FILHO (2001, p. 194), de forma concisa, define que: “(...) *todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.*”.

Nessa harmonia, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao se deparar casuisticamente com o princípio da isonomia, proferiu julgado:

1. É dispensável a licitação para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, sendo facultada a celebração de instrumento contratual, conforme artigo 62 da LEI N.º 8.666/93. No entanto, deve ser o contrato escrito substituído por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, o que não se constatou nos autos referente ao período de cobrança de alugueres entre 1º de março de 2009 A 03 de janeiro de 2010.

2. A constituição federal e as leis de licitação e de locação podem facultar a celebração do instrumento contratual em algumas hipóteses, como no caso de dispensa de licitação no contrato de locação, mas exige-se, minimamente, uma forma como critério de transparência e idoneidade para o manejo do dinheiro público.

3. Diante dos princípios expressos na constituição federal, deve-se destacar a impessoalidade e a moralidade como norteadores dos contratos entre distrito federal e particulares, visto que o manejo de dinheiro público exige idoneidade e transparência do administrador.

4. Os contratos celebrados pela administração devem, obrigatoriamente, atender-se aos preceitos legais referentes à forma. esta é essencial para os fins de controle da legalidade e se reverte em benefício do interessado, cujo fim é o bem comum da coletividade. recurso conhecido e desprovido. (2011 01 1 201615-9 apc (0006090-18.2011.8.07.0018 - res.65 – rel. alfeu machado, publicado no dje : 15/05/2014 .)

Por fim, termina o estudo principiológico deste trabalho com a definição sobre os princípios mais relevantes para a realização de um procedimento licitatório. Para o próximo capítulo, o leitor deste exercício encontrará análise abrangente de leis que regem de forma geral as licitações públicas no país, em especial, a lei 8666/93 e a lei de Pregão Licitatório, 10.520/2002. Ambos são os normativos mais utilizados para execução dos certames licitatórios, e se tornam relevantes para se comparar ao objeto de estudo final do trabalho, o sistema RDC e sua aplicabilidade diante dos demais normativos que regem as licitações públicas.

2- AS PRATICAS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL – EXAME INTEGRADO DAS LEIS 8.666/93, 10.520/2002 e LEI COMPLEMENTAR 123.

Segundo TOLOSA FILHO (2012, p. 07) há de aceitação ampla doutrinária que a lei federal número 8.666/93 é considerada como lei geral para o processo licitatório no Brasil. Isto quer dizer, que a referida lei em comento subordina o seu texto legal a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

A lei 8.666/93 buscou trazer solidez aos mandamentos constitucionais, principalmente aqueles impostos no art. 37, inciso XXI. Com isso estabeleceu-se por meio de lei geral, normas e princípios para viabilizar a contratação por parte dos entes políticos estatais, respeitando um regime público de contratação.

De acordo com PESTANA (2013, p. 10), em sua obra – Licitações Públicas no Brasil, a referida norma se tornou uma lei de elaboração, redação, conceituação, atualização e disposição confusas, adotando deficiente técnica legislativa (citam-se, por exemplo, a fixação de diversos artigos contendo extensos parágrafos, incisos e alíneas); preocupando-se, excessivamente, com a realização de obras e serviços de engenharia, esquecendo-se, entretanto, de melhor disciplinar outros determinados aspectos de extrema relevância do processo-licitatório, como as sanções aplicáveis no âmbito da licitação (e não após a celebração do contrato administrativo consequente) ou, mesmo, para os processos administrativos insurgentes contra equívocos ou vícios dos atos praticados nos domínios da licitação, ou, ainda, os contratos de concessão de uso de bens públicos”.

Tal análise do autor, PESTANA (2013, p. 13), entretanto, com referência a norma geral de licitações públicas, não depõe sobre a importância que esta lei possui ao sistema público de contratações. Ao contrário, o Autor reforça que a deficiência legislativa e o foco demasiado as contratações de engenharia impõe em dificuldades os operadores do direito que se utilizam da

norma em comento para impor as regras determinadas pela Constituição Federal, que mais adiante foi regulamentada em aplicação geral aos entes políticos nacionais pela lei 8.666/93.

Segundo PESTANA (2013, p. 116), houve um grande ponto que desfavoreceu a lei 8.666/93 no decorrer dos anos após a sua vigência. Para o caso, o autor relata a inapetência legislativa – no caso em apreço, do legislador federal, art. 22 da Constituição Federal impõe a União à competência legislativa sobre licitações e contratos administrativos. Com a mora do Legislador Federal e a Administração Pública, não houve ao longo dos anos a instrução de aperfeiçoamentos a norma geral de licitação. Estes eram necessários para conferir a norma uma maior resposta as dificuldades e omissões encontrados no âmbito da lei 8.666/93.

Para o exemplo, PESTANA (2013, p. 213) o referido autor retrata que ainda na primeira década do século XXI, não se permitia o implemento da tecnologia, possibilidades eletrônicas convivesse com a modalidades de licitação, ou até mesmo permitindo que houvesse facilitação aos procedimentos para os certames introduzidos pela lei 8.666/93.

Neste cenário de engessamento normativo e carente de avanços aos procedimentos normativos regumentados de forma geral pela lei 8.666/93, que surge no sistema público de contratações a lei 10.520/2002, que instituiu no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade licitatória denominada *Pregão* - modalidade de licitação que permite a aquisição de bens e serviços considerados comuns por parte da Administração Pública.

Conforme expressa determinação legal, contida no artigo nono da lei 10.520/2002, aplica-se de maneira subsidiária as normas expostas na lei 8.666/93. Desta forma, PESTANA (2013, p. 213) manteve-se a relevância da lei 8.666/93, para suprimir omissões ou lacunas impostas aos operadores da Lei do Pregão.

As mencionadas Leis Ordinárias, 8.666/93, 10.520/2002, adicionou-se a Lei Complementar número 123. Esta introduziu ao sistema público de contratações modificações, tanto no estatuto geral de licitações e

contratos, como na lei 10.520/2002. Tais alterações legislativas tem o objetivo de fornecer vantagens, em situações específicas de empate, fornecimento de mecanismos especiais de superação de restrições à regularidade fiscal da licitante, e possibilidades de certames diferenciados em que os participantes, às Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte. (fonte Lei Complementar 123)

Desta forma, de acordo com PESTANA (2013, p. 225), as Leis Ordinárias 8.666/93, 10.520/2002, e a Lei Complementar 123/2006, que no decorrer deste capítulo serão explicadas em apreço ao devido objetivo deste exercício, consubstanciam as normas gerais sobre licitação pública no Brasil. Estas tratam dos temas sobre contratação de mão-de-obra, serviços, fornecimento, uso de bens públicos, dentre outros. As referidas normas estabelecem aspectos substancias em relação à matéria de contratação licitatória nacional. Não se pode ouvir que estas normas permitem a suplementação legislativa por parte das demais pessoas políticas de direito público interno (Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal).

Para dar início ao estudo em apreço dos mais relevantes diplomas legais existentes no país que zelam pela aplicação de regras especiais sobre a licitação pública falaremos neste instante especificamente sobre a lei 8.666/93.

A referida norma em questão trouxe aspectos gerais envolvendo a licitação pública. Neste diploma são abordadas as situações que exigem a realização de licitação previa por parte da Administração Pública, como as contratações de obras e serviços, ainda sendo eles de publicidade. Para a tal exigência normativa expõe o artigo segundo, parágrafo único da lei 8.666/93, que assim dispõe, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (vide lei 8.666/93).

Segundo o acolho da doutrina de PESTANA (2013, p. 117), o referido rol de ocorrências que devem respeito à norma em análise, não é um rol exaustivo por parte da Administração Pública. Desta maneira, onde houver interesse da Administração, e qual for o objeto de interesse desta, se houver a

possibilidade de buscar a competição entre fornecedores passíveis a fornecer o objeto de necessidade da Administração deverá ser instalado um procedimento licitatório.

No artigo introdutório, mais precisamente no parágrafo único do referido diploma legal, procurou-se definir quem seriam os entes políticos a estar adstrito ao diploma legal trazido pela lei 8.666/93, são eles, a administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo JUSTEN FILHO (2000, p. 13), as regras colhidas pela lei 8.666/93 são resultados de evolução histórico do direito em tese. Neste diploma normativo houve a consagração de regras e princípios firmados em diplomas legais anteriores que vieram a ser consolidados na Constituição Federal de 1988.

Ao longo do tempo, com o implemento absoluto da lei em tela, ficou evidenciado que o rigor formal introduzido por meio da lei 8.666/93 necessitava de avanços. Para JUSTEN FILHO (2000, p. 14), com a identificação desta situação pelos operadores do direito que cuidavam da matéria licitações e contratação pública, houve uma depuração dos novos institutos jurídicos que tratavam o regime público de contratação.

Com isso, o autor JUSTEN FILHO (2000, p. 13) acrescenta que, foi notório a identificação dos novos institutos normativos a tendência de superação dos princípios rigorosamente formalistas que haviam sido consagrados na lei 8.666/93. Frisa-se que apesar dos avanços constituídos pela lei em comento, esta em uma análise conceitual, privilegiava os aspectos formais, em detrimento dos estruturais de conteúdo.

Desta maneira, em referência à sua análise, JUSTEN FILHO(2000, p. 14) retrata que as mais aludidas transformações legais ao diploma geral de contratações partiram de interpretações jurídicas doutrinárias e jurisprudências que evidenciavam a necessidade de se transpor o rigor formal exposto na lei 8.666/93. Neste ponto, frisa-se a postura do Tribunal de

Contas da União como foi órgão relevante para a consolidação da visão em prol de conceder maior fluidez como forma de superar os excessos de formalismo do diploma legal em análise.

Em prosseguimento de análise ao instituto normativo lei 8.666/93, esta cuidou de forma meticulosa aos aspectos ligados as contratações de obras, que é definido no art. Sexto, inciso I, do referido diploma legal em apreço. Desta forma ficou definido que obra, “ *toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta*”.

Para isso, de acordo com PESTANA (2013, p. 117), acerca das obras haverá requisitos prévios para a ocorrência de licitação, haver projeto básico amplamente detalhado, levando em consideração os quesitos necessários que concedem solidez ao projeto. Ainda deve a obra possuir o projeto executivo, ou de execução, este especifica-se todos os elementos necessários à construção da obra em questão, aperfeiçoando as muitas exigências contidas no projeto básico.

Em acolho ao princípio da isonomia e competitividade entre os licitantes, para as licitações de obras e serviços de engenharia, o diploma legal lei 8.666/93, impôs vedações aos licitantes que almejam contratar com a Administração. Tais vedações para a contratação de obras públicas estão contidas no artigo sétimo, parágrafos terceiro ao quinto. (fonte lei 8.666/93).

Para prosseguimento de uma abordagem sobre o diploma legal em comento, a lei 8.666/93 definiu o que seria serviço passível de contratação pública. Definiu-se ser toda a atividade destinada a obter utilidade pública e de interesse da Administração. Apenas com forma exemplificativa, o legislador definiu quais são as espécies de serviços públicos. Todas as tratativas legais foram impostas no art. décimo terceiro do referido diploma normativo (fonte lei 8.666/93).

De acordo com PESTANA (2013, p. 141), para dar ênfase em todo processo de evolução normativa que ocorreu após a implementação da lei 8.666/93, para o caso de serviços, o texto normativo contido na lei 10.520/02, no seu art. primeiro, parágrafo único, definiu a possibilidade de realização de

licitações por meio de pregão aos serviços comuns, àqueles cujos padrões de desempenho e qualidade pudessem ser objetivamente definidos em edital, por meio de expressões especificações usuais de mercado.

Isto é uma demonstração que o conteúdo legal atualmente questionado da lei 8.666/93, foi capaz de gerar o controle desejado às licitações e contratações públicas. Segundo PESTANA (2013, p. 141), a partir das necessidades de evolução hermenêutica da norma, passou-se a buscar melhoramentos conceituais, interpretativos da norma, tanto por via da doutrina e jurisprudência, como também de outras normas de importância nacional, como o exemplo citado da Lei do Pregão, de número 10.520/02.

No caso das licitações públicas que objetivam a compra, aquisição remunerada de bens, são aqueles realizados em pagamento único ou parcelado por parte da Administração Pública, onde esta realiza o pagamento e recebe o bem para o seu acervo proprietário. As referências legais expostas na lei 8.666/93 relativo às compras estão contidas no art. 14 e seguintes da norma em análise (fonte lei 8.666/93).

Com ênfase de evidenciar as alterações normativas sobre o tema das licitações públicas, PESTANA (2013, p. 164) ilustra as duas espécies de bens passíveis de serem adquiridos pela Administração. A espécie de bens considerados comuns e por interpretação lógica, os não comuns. Os primeiros são assim compreendidos para os bens que contenham padrão de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais de mercado. Tais bens compreendidos como comuns foram definidos pelo diploma normativo, a lei 10.520/02. Em seguida, os bens compreendidos como não comuns ou incomuns pela doutrina são aqueles que não permitem a definição de desempenho e qualidade de forma objetivada em edital. Estes, fundamentalmente recebem a proteção da lei 8.666/93, além da lei complementar 123/06.

Verifica-se de acordo com JUSTEN FILHO (2000, p. 28), que os conteúdos normativos sobre licitação pública ao longo do tempo foram constituindo alterações interpretativas e inovações legislativas. A partir da exigência constitucional em prol da necessidade de licitação pública para as contratações celebradas pela Administração, que veio a ser regulamentada

pela lei 8.666/93, criaram-se parâmetros formais bem definidos para as contratações públicas. O que hoje possa ser deveras formal ou até arcaico, permitiu-se criar condições para inovações e avanços aos textos legais como forma de acompanhar as transformações tecnológicas absorvidas pela gestão administrativa da Administração Estatal.

As alienações estatais foram objeto da norma geral de licitações. Esta consiste em toda transferência de domínio de bens a terceiros, seja onerosa, seja gratuita. Com isso torna possível a transferência dos bens de propriedade da Administração Pública para a propriedade de terceiros. (fonte lei 8.666/93).

Para JUSTEN FILHO (2000, p. 165), a lei 8.666/93 trouxe os requisitos de permissão de alienação de um bem público ao patrimônio de terceiros. Para explicar o caso, torna-se evidente a descrição das três espécies de bens públicos. Existem espécies de bens públicos: de uso comum, uso especial e dominicais. Os bens de uso comuns são os rios, mares, praças. Os de uso especial compreendem os estabelecimentos afetados ao uso da Administração Pública. Por fim, os dominicais são aqueles de patrimônio as pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real. Desta forma a classificação as espécies de bens públicos estão adstritas as suas respectivas finalidades.

Segundo JUSTEN FILHO (2000, p. 167), a Administração é permitido a alienação de bens públicos compreendidos como dominicais. Apesar de estarem na esfera jurídica de patrimônio da Administração não estão sendo utilizados pelo povo ou pela própria Administração. Estes, especificamente, são os bens que receberam a permissão de serem alienados pela lei 8.666/93. De acordo com o mesmo autor, os demais bens poderão ser alienados desde que sejam desafetados de sua utilidade pública. Tal desafetação deve ser implementada preponderantemente por meio de lei.

Mais adiante a norma em comento, lei 8.666/93, trata da exigência de licitação, em regra para locação pública. Neste ponto é interessante ressaltar que há distinção de tratamento acerca da locação a depender a posição que esteja a Administração, quando figurando como locadora, ou como agindo no mercado na figura de locatária.

De acordo com PESTANA (2013, p. 180), como locadora a Administração buscará dar aos móveis ou imóveis sob sua propriedade o devido aproveitamento. Para isso seja, buscando receitas ao estado, ou fornecendo-as aos agentes públicos que com a Administração mantenham relação. Ainda a Administração poderá locar bens públicos a fim de solverem finalidades próprias das atividades de entidades públicas. Em todas situações há a busca de solver ocorrências que vão ao encontro ao interesse público, analisando as especificidades do caso concreto.

Em outro ponto, o autor PESTANA (2013, p. 181) retrata que a Administração quando atua no mercado na figura de locatária, pela especialidade do objeto a ser locado, cria-se o cenário a possibilidade de não realização de licitação pública. Neste caso, ao buscar imóvel que irá assentar as instalações de um órgão público, a Administração, pela singularidade do objeto a ser contratado se escusaria da imposição legal de realização de licitação pública.

Para o autor PESTANA (2013, p. 181), ao caso de não realização de licitação pública para a locação de imóvel de interesse da Administração, para vir a servir ao acervo público da Administração por meio de seus órgãos públicos, a técnica mais adequada para o enquadramento da contratação sem licitação se volta ao artigo 25 da Lei 8.666/93, que impõe as ocorrências onde a licitação é inexigível.

Há outra possibilidade de enquadramento para a não execução da licitação ao caso em epígrafe, justamente aos ditames do artigo 24, inciso X, da Lei em comento. Ocorre que para PESTANA (2013, p. 180), esta não é a melhor maneira para reger o caso de não realização de licitação para a locação de bem imóvel por parte da Administração.

Por fim, há as formas de uso do bem público, pelos particulares, ora sendo o interesse do particular preponderante em relação ao público, em outras ocorrências, o interesse público se tornando prevalecente em relação ao particular, para o uso do bem público. Para estes casos, Marçal JUSTEN FILHO (2000, p. 166) elenca os institutos da autorização, permissão e concessão públicas.

Para a autorização de uso, há escasso regramento do instituto e divergência doutrinária sobre a sua utilização, em especial, para o uso bens públicos. É ato precário realizado em relação a interesse de particular, com baixo interesse público envolvido.

No caso da permissão, JUSTEN FILHO (2000, p. 167) a precedência de realização de licitação, com maior formalização e superioridade de interesse público em relação ao interesse do particular envolvido da questão. Tal permissão pode ser revogada unilateralmente pela Administração, em regra, sem indenização ao particular, que é parte no ajuste.

Para JUSTEN FILHO (2000, p. 167) nos casos de concessão pública, aumenta-se o grau de formalização do ajuste. Há a exigência de licitação. Mesmo sem a expressa descrição legal, se utiliza a figurada da modalidade licitatória concorrência nas contratações de concessões de direito real de uso. Esta ocorre por via de contrato administrativo.

Para avançar no estudo do trabalho, é momento de se falar sobre as modalidades de licitação colocadas pela Lei 8.666/93. No artigo 22 do regramento geral de licitações, o legislador trouxe as modalidades de licitação, são elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Nos parágrafos relacionados neste artigo, o legislador veio a explicar cada modalidade de licitação pública. (fonte lei 8.666/93)

No artigo seguinte, o legislador definiu o critério para escolha de qual modalidade de licitação a ser utilizada. De acordo com JUSTEN FILHO (2000, p. 185), fixou-se o critério de escolha da modalidade em relação ao valor geral da contratação. Ressalvando a possibilidade de, casualmente, utilizar modalidades diversas de licitação sem a utilização do critério econômico. Passa-se ao estudo da Lei do Pregão.

A norma do pregão, lei 10.520/2002, veio ao sistema por meio da conversão de Medida Provisória em lei. Tal situação gerou polemica pela falta de requisito imprescindível para uso da modalidade legislativa, que ao caso, era ausente. Não havia urgência para a edição de Medida Provisória para o tema em comento. Segundo PESTANA, (2013, p. 339) frente a polemica, esta veio a ser superada pela jurisprudência pátria, que apreciou e acolheu

pela legalidade do procedimento de inclusão da nova modalidade de licitação ao regime público de contratação.

É importante citar que existe no nosso sistema uma modalidade de licitação com a nomenclatura de pregão, porém não pertencente no computo da lei 10.520/2002. O referido pregão, para título de curiosidade foi introduzido pela lei de criação da Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, para as aquisições no âmbito das telecomunicações. Logo após, o pregão veio a ser encontrado na lei 10.191/2001, que possibilitou à aquisição de bens e serviços comuns de saúde. (Fonte lei 10.191/2001)

Conforme expressa determinação legal, contida no artigo nono da lei 10.520/2002, aplica-se de maneira subsidiária as normas encontradas na lei 8.666/93. Desta forma, manteve-se a relevância da lei 8.666/93, para suprimir omissões ou lacunas impostas aos operadores da Lei do Pregão. Administração Pública.

Ao repisar o estudo deste trabalho sobre os institutos que zelam pela licitação pública no Brasil, relevante compreender a abrangência que o pregão, modalidade de licitação possui para Administração. Para a Administração Pública Federal, a Lei 10.520/02, veio a ser regulamentada pelos Decretos 3.555/2000 e 5.450/05. Estes regularam que não constituiriam para objeto de licitação na modalidade pregão eletrônico, as contratações de obras de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral. (fonte Decreto 3.555/2000, artigo quinto ; Decreto 5.450/05, artigo sexto).

Desta forma, se verifica que fora os casos ilustrados no parágrafo anterior, para bens e serviços de natureza comuns há a possibilidade de o administrador público escolher a modalidade pregão eletrônico. Isto esclarece que, por razões impostas pela facilidade em utilização da modalidade eletrônica e a abrangência, a forte utilização da modalidade licitatória por parte da Administração.

Finaliza-se o presente capítulo deste exercício com esclarecimentos específicos acerca do instituto Lei Complementar 123. Este segundo PESTANA (2013, p. 225) esta norma forneceu tratamento diferenciado as licitações e contratações, preferencial, as microempresas (M.E) e as

empresas de pequeno porte (E.P.P). São dois benefícios específicos definidos em lei, o primeiro, que assegura as empresas regidas por esta lei a possibilidade de, tardiamente, celebrar a sua regularização em relação aos órgãos fiscais da Administração Pública.

O benefício seguinte posto pela Lei Complementar é o conhecido como empate ficto. Neste caso, segundo Marçal se verifica quando a proposto de uma M.E ou E.P.P superar em até 10% o valor da empresa que realizou a menor proposta e não figure na mesma natureza das regidas pela lei complementar em comento. Ocorrendo esta situação as M.Es ou E.P.Ps estarão sob empate técnico de propostas, assegurando-as a estas a possibilidade de formulação de lance de desempate. (Fonte Lei complementar 123)

Segundo a jurisprudência o tratamento diferenciado conferido aos dois tipos de pessoas jurídicas não violam a Constituição Federal, por força dos arts. 170, inciso X e 179 da C.F de 1988. Desta forma, finaliza-se o presente capítulo, com o breve apanhado de legislações gerais acerca de licitações públicas, passa-se tratar no capítulo seguinte sobre o novo instituto normativo, o Regime Diferenciado de Contratação.

3- REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – INOVAÇÃO AO SISTEMA PÚBLICO DE CONTRATAÇÕES

Os autores ZYMLER E DIOS, (2013, p. 29) descrevem as reflexões acerca do novo regime jurídico de licitações e contratos introduzidos em nosso regime jurídico. O RDC visou trazer incentivo para licitações vinculadas aos grandes eventos em que o país será sede, contudo aos poucos alargou seus limites de aplicação em razão da necessidade de simplificar e conferir maior rapidez na conclusão dos processos licitatórios. Vale ressaltar que o RDC nasceu com um objetivo próprio, permitir o acesso as necessidades relacionadas aos grandes eventos esportivos em que o Brasil sediará.

De acordo BITTENCOURT, (2012, p. 12) a proposta de simplificar as licitações e agilizar a realização das obras necessárias obras necessárias aos futuros megaeventos esportivos, de projeção internacional, que ocorrerão no Brasil, notadamente, a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas, publicou-se, em 05.08.2011, a lei número 12.462, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Antes de adentrar as especificidades trazidas pelo RDC, BITTENCOURT, (2012, p. 28) relata que o Regime Diferenciado de Contratações constitui inegável instrumento capaz de trazer correções ao sistema legal vigente de licitações e contratos administrativos.

De acordo com ZYMLER E DIOS, (2013, p. 30), a administração pública para exercer as suas diversas atribuições torna-se necessária a participação de particulares que, mediante um procedimento de contratação publica, fornecerão os bens e/ou prestarão os serviços indispensáveis ao funcionamento da maquina administrativa.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI dita sobre o procedimento de contratações públicas, ou seja, a licitação é a regra para a

administração pública quando compra bens ou contrata serviços. Busca-se garantir que as contratações efetuadas pela administração pública ocorram de acordo com os princípios da moralidade, igualdade, impessoalidade e economicidade, dentro outros. (fonte C.F 1988)

Essa dupla finalidade da licitação garante – a obtenção de contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados – é preocupação que vem desde a idade média e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado.¹

Repisa-se que de acordo com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal é competência privada da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação. (fonte C.F 1988)

A respeito do conceito de licitação pública, vale ressaltar o estudo do autor Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão de competência específica.²

É oportuno **salientar** que, a licitação é um procedimento burocrático que se utiliza da legislação para trazer ao procedimento licitatório a devida segurança. Permitindo que a Administração adquira a melhor compra ou serviço, com a devida vantajosidade. Assim expôs o autor Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão de competência específica.³

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ªed. São Paulo: Malheiros, 2003, pg. 262.

² MARÇAL, Justen Filho. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. - 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 309.

³ *Idem*

A licitação é obrigatória para a Administração Pública direta e para a Administração Pública indireta, estando compreendidas nesta última categoria autarquias, agências, fundações públicas, associações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades paraestatais, conforme o citado art. 37, XXI, da Constituição Federal (“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”).

Com base nesses dispositivos constitucionais, foram elaboradas as seguintes normas de âmbito nacional, que dentre outras matérias, zelam tratam das licitações públicas:

- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – que institui normas gerais para licitações e contratos da administração pública;

- Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 – que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitações denominada pregão;

- Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 – que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte;

Portanto, verifica-se que o Estado se utiliza da licitação para adquirir seus produtos e serviços. Para fundamentar este instituto, a licitação pública é regida por força Constitucional, e em sua estrutura analítica estão princípios próprios que fornecem a devida estrutura ao regime público das licitações públicas.

De acordo DE MELLO, (2008, p. 517) ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Diante da necessidade de agilizar as contratações necessárias à realização dos grandes eventos esportivos, afirma Sidney Bittencourt que foi a motivação para aprovação da Lei nº 12.462/2011, instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Essa nova Lei confere uma nova sistemática para as contratações públicas, trata-se de uma modalidade licitatória única, afastando-se, pois, a divisão do procedimento em diversas modalidades licitatórias definidas exclusivamente em função do valor da contratação.

O RDC foi concebido com os objetivos legalmente declarados de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; e incentivar a inovação tecnológica.⁴

Essa unicidade de modalidade afasta inúmeras controvérsias acerca de qual teria sido a melhor modalidade licitatória para determinada contratação e permite maior assimilação do procedimento como um todo pela sociedade e pelos agentes públicos, o que potencialmente contribui para a diminuição de erros quando da realização das contratações públicas. Ainda, no compute do instrumento convocatório as partes envolvidas no certame declaram opção pelo RDC, o que resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/93. (fonte art. primeiro, paragrafo segundo da Lei 12.462/2011)

Vale ressaltar, BITTENCOURT (2012, p. 57) que outra característica importante desse novo regime são os diversos instrumentos disponibilizados para que o interesse público seja mais bem atendido. Desta forma, cabe ao gestor público, dentro de seu poder discricionário, em cada caso concreto, adotar o melhor caminho dentro os previstos na norma.

⁴ GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 761.

3.1 OBJETO DE ALCANCE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

A aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas será opcional, assim quando ocorrer a adoção do RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos em Lei. Assim, ao contrário com o que ocorre na modalidade pregão da Lei nº 8.666/1993, esta não terá aplicação subsidiária ao novo regime.

Contudo, afirma BITTENCOURT, (2012, p. 39) que, em uma eventual constatação de lacuna jurídica quanto à aplicação do RDC, não se pode descartar a aplicação da Lei nº 8.666/1993, assim o juiz decidirá o caso de forma analógica aos costumes e princípios gerais do direito.

Para BITTENCOURT (2012, p. 41) a aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas poderá ser em licitações e contratos necessários a realização de: Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo 2014; obras de infraestrutura e de contratação de serviços para aeroportos das capitais dos estados da Federação; ações integrantes do Programa de Aceleração DO Crescimento – PAC; obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino; e obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Vale ressaltar que essas últimas três aplicações não constavam da versão inicial do RDC, mas foram incluídas por leis posteriores⁵ em razão de vantagens verificadas nas aplicações iniciais do novo regime.

Diante a doutrina de BITTENCOURT (2012, p. 23), as contratações necessárias para a realização de grandes eventos esportivos podem utilizar-se do Regime Diferenciado a União, os Estados e Municípios que abrigarão alguns dos referidos eventos esportivos. Após algumas limitações subjetivas, o próprio objeto da lei não deixa também de explicar uma limitação temporal para a aplicação do novo regime nessas situações, assim,

⁵ Artigo 28 da Lei nº 12.688/2012; artigo 14 da Lei nº 12.722/2012 e artigo 4º da Lei nº 12.745/2012.

não haveria de se falar na aplicação da nova lei depois de realizados os eventos esportivos de 2016.

Contudo, o legislador optou por estendê-lo ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) de acordo com os resultados iniciais da aplicação do novo regime, assim mediante a Lei nº 12.688/2012, foi inserido novo dispositivo no art. 1º da Lei nº 12.462/2012 de forma a ampliar o âmbito de aplicação do novo regime.

Por conseguinte o inciso V e o §3º do art. 1 da Lei nº 12.462/2012, o RDC tornou-se ainda mais abrangente sendo também aplicáveis as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e do Sistema Único de Saúde (SUS), confirmando o afastamento de caráter transitório do RDC. (fonte Lei 12.462/2012)

Todavia o RDC foi regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011, não se pode perder de vista os limites do decreto regulamentar, ou seja, não cabe ao decreto inovar em relação a Lei, muito menos contrariá-la e muito menos alterar a situação jurídica anterior.

Para Seabra Filho⁶, a Lei se reveste o aspecto de regra geral, abstrata e obrigatória, não lhe cabendo alterar situações jurídicas anteriores, mas apenas pormenorizar as condições de modificações originárias de outro ato de lei.

3.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO NOVO REGIME

A extensão da aplicabilidade da lei instituidora do Regime Diferenciado não mencionou expressamente a utilização aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Entretanto alguns dispositivos da Lei nº 12.462/2011 salientam a intenção do legislador em editar uma norma de caráter nacional. (fonte Le 12.462/2011)

Essa aplicabilidade ampla deve prevalecer o entendimento de que o RDC foi editado com fundamento no artigo 22, inciso XXVII, da

⁶ Apud, ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 19.

Constituição Federal, pois a além de exigir o caráter de generalidade da norma, fornece fundamentos constitucionais essenciais para que o RDC sejam aplicáveis a diversos entes da Federação.

De acordo com BITTENCOURT (2012, p. 24), é possível vislumbrar dois requisitos essenciais pela norma RDC. O caráter de generalidade previsto nas normas. O termo norma geral é de cunho Constitucional e refere-se primordialmente ao conteúdo da norma de forma mais ampla e genérica.

Em relação ao RDC, afirma BITTENCOURT (2012, p. 25) que entende-se por não haver o excesso de detalhamento legal que fosse capaz de retirar o caráter de generalidade da lei. Cabe a extensão e o detalhamento do próprio regulamento, indicando que a lei não exauriu a matéria e permitiu o exercício da competência legislativa suplementar pelos Estados e Municípios.

Para os autores ZYMLER e DIOS (2013, p. 22), não é demais destacar que, pelo fato de a competência da União se limitar a edição de normas gerais mediante Decreto nº 7.581/2011 com aplicabilidade restritiva a administração pública federal, cabe aos Estados e Municípios, no bojo de sua competência suplementar as prerrogativas de regulamentar o RDC de acordo com suas peculiaridades.

O segundo requisito de preenchimento essencial pela norma do RDC é a aplicabilidade ampla. Para ZYMLER e DIOS (2013, p. 22) essa aplicabilidade pode ser vista de abrangência subjetiva e objetiva que esta possui. Verifica-se que a abrangência subjetiva de cada norma geral seria definida pelo objeto e/ou explicitada pela própria Constituição.

Entretanto, quando se trata de licitações e contratos aplica-se o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Este estabelece expressamente sua aplicabilidade a todos os entes federativos, inclusive entidades autárquicas e fundacionais. Assim, o legislador constituinte vislumbrou que as contratações de todos os entes da Federação obedecessem a um mesmo conjunto uniforme de normas gerais. (fonte C.F de 1988)

Desta forma, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, busca, dentro dos limites do razoável e na medida do possível, estabelecer

regras uniformes de licitações e contratações para os entes da Federação e suas autarquias e fundações, sendo sua abrangência não absoluta.

Assim, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios, conclui:

“... o Regime Diferenciado de Contratações Públicas não padece de inconstitucionalidade, pois parece plausível e razoável o intento do legislador de estabelecer um regime próprio de licitações para as contratações necessárias aos grandes eventos esportivos que o País sediará oportunamente. A data premente e a conseqüente necessidade de agilizar essas contratações justificariam a antecipação de diversas discussões acerca da modernização da Lei nº 8.666/1993 que ocorrem há anos no Congresso Nacional.”

Contudo, para ZYMLER e DIOS (2013, p. 27) com a ampliação do objeto a aplicação do objeto do RDC para obras do PAC e do sistema público de ensino, mitigam-se as restrições subjetivas da aplicação da lei, pois agora, potencialmente, todos os entes federativos podem dela se utilizar. E denotam a formação de uma norma que pode afetar o regime geral de contratações de maneira a modificar a governança das licitações e contratos regidos pelo novo paradigma normativo.

Com a possibilidade de implantação do RDC em outras unidades da federação, para ZYMLER e DIOS (2013, p. 27), surge a possibilidade de extensão por meio de propostas de leis estaduais, a introdução do Regime Diferenciado nesses Estados. Há a possibilidade das normas estaduais virem a ser consideradas inconstitucionais, caso se entenda que o âmbito de objeto do RDC previsto em lei não se trate de norma geral.

3.3 OBJETIVOS IMPOSTOS PELO REGRAMENTO DO RDC

Os objetivos trazidos pelo legislador acerca do RDC trouxeram os seguintes pontos que estão contidos no próprio computo legal normativo. Estes se focam em ampliar a eficiência nas contratações públicas, possibilitar maior concorrência entre os participantes dos certames públicos, promover a troca de experiências entre os agentes, bem como as tecnologias envolvidas, assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, incentivar e permitir a

inovação tecnológica e por fim, garantir a contratação da melhor proposta por parte da Administração Pública. (fonte art. primeiro da Lei 12.462/2011)

Ainda, PELLACANI E ESTELITA (2013, 339) como objetivo para o implemento do novo instituto, além da aplicação dos princípios basilares contidos no art. terceiro da Lei 8.666/93, o respeito aos princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável. O princípio da economicidade possui assento constitucional, art. 70 da C.F de 1988. Já princípio do desenvolvimento nacional sustentável está contido no artigo quarto da Lei do RDC, que fixam padrões de sustentabilidade as contratações regidas pela lei 12.462/2011. (fonte Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes – Tainá Ribeiro Pellacani e Thayanne Borges Estelita)

3.4 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELO REGRAMENTO DO RDC

Verifica-se PELLACANI E ESTELITA (2013, 340) que o RDC trouxe muitas novidades ao regime geral de contratações públicas. Para este exercício não se objetiva esgotar todas as alterações legislativas impostas pelo novo regramento. Mas, ilustrar aquilo que pode ser tratado como de maior relevância ou que possa atrair mais atenção dos estudiosos sobre o tema.

Segundo PELLACANI E ESTELITA (2013, 345), em seu artigo, há destaque para a regra normativa que permite a proibição de aditivos o caso de contratação integrada e a possibilidade de inversão de etapas do procedimento licitatório, nos regimes de contratação integrada.

Ainda frisam-se as PELLACANI E ESTELITA (2013, 344) que há avanços nos quesitos padronização de minutas de contratos como meio capaz de gerar celeridade aos procedimentos administrativos envolvidos no certame. Também a possibilidade de previsão de dispositivos que possam gerir o julgamento das propostas pela via possível a garantir o maior retorno econômico a Administração.

Há uma inovação PELLACANI E ESTELITA (2013, 342) que ainda carece de regulamentação, porém permite gerar políticas de fomento a

eficiência na gestão dos contratos regidos pelo RDC, é a possibilidade de remuneração variável da contratada, o que está se chamando de contrato de eficiência. Este permite a remuneração adicional da empresa contratada em caso desta fornecer, objetivamente, demonstrações de economicidade e contenção de outras despesas de natureza corrente. (fonte Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes – Tainá Ribeiro Pellacani e Thayanne Borges Estelita)

Para alguns PELLACANI E ESTELITA (2013, 341), é visto como vantajoso e novo regramento posto pelo RDC a possibilidade de sigilo orçamentário para a licitação. Isto porque impossibilita dos licitantes formularem sua proposta em relação ao valor presente a ser orçado. Tal sigilo só é imposto até o final dos procedimentos licitatórios. (fonte Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes – Tainá Ribeiro Pellacani e Thayanne Borges Estelita)

3.5 PONTOS DE APREENSÃO INFORMADOS PELA DOUTRINA CONTIDOS NO RDC

Inicia-se este tópico exercício com o intuito de informar o leitor deste trabalho que a inovação trazida pela Lei 12.462/2011, possui algumas críticas. Estas não podem ser ouvidas enquanto se analise o novo regramento licitatório.

Este regramento, VITAL (2011, 46) trouxe a introdução do orçamento sigiloso aos certames regidos pelo RDC. Esta situação de ocultação orçamentaria pode se deparar com imprecisões de estudos técnicos, gerando maiores riscos de prejuízos por parte da Administração.

Além do mais, segundo VITAL (2011, 45) a falta de informações acerca do orçamento para obra pode afetar a atração de participantes para o certame, diminuindo a concorrência deste, aumentando assim o valor da contratação pública.

No RDC não há a fase de projeto básico para as contratações de obras. Esta de acordo com VITAL (2011, 46) é compreendida como de

estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, para posterior fase de projeto executivo. A lei do RDC trouxe a chamada fase de anteprojeto, em detrimento da etapa do projeto básico existente na lei 8.666/93.

Esta etapa na lei 12.462/2011, VITAL (2011, 46) permite exercícios provisórios de detalhamento da obra e de seus elementos. Tal situação possibilita imprecisão nos parâmetros técnicos que informarão os custos finais de cada empreendimento.

Ainda, VITAL (2011, 46) no RDC permite que aja projeto básico celebrado pelo próprio contratado. Seria conferir a este o controle sobre o projeto. Possibilitando a ocorrência maior de maus projetos e obras ruins. Porém este regime não impõe a permanência do vencedor da licitação na operação do serviço contratado.

Por fim, para VITAL (2011, 47) visto por parte de alguns estudiosos do tema que a possibilidade de convocação de um segundo colocado no certame, para assumir a desistência do primeiro contratado, como uma fragilidade do RDC. Isto porque o novo regramento permite que a proposta vencedora seja alterada. Isto para alguns gera o risco da Administração celebrar acordos muito desfavoráveis e onerosos para dar prosseguimento à contratação.

CONCLUSÃO

O novo modelo de licitações do Estado Brasileiro RDC está calcado em permitir diminuição da burocracia, aumentar a celeridade e economia nos certames públicos, diretamente, ligados aos grandes eventos que serão realizados no país. Mas, o objetivo inicial se alargou em direção a novos objetivos. As legislações 12.688, 12.722 e 12.745, ambas do ano de 2011, incluíram os incisos IV, V e paragrafo terceiro a lei 12.462/2011.

Os novos institutos alargaram o RDC, permitindo a este regime diferenciado de licitação para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento, Obras e Serviços de Engenharia no âmbito dos serviços públicos de Ensino e, Obras e Serviços de Engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde. Por tal razão, trouxe ao novo instituto natural relevância diante aos demais institutos jurídicos que regulam o tema das licitações públicas.

O referido regime diferenciado da contratação permite a utilização do novo sistema de compras a União Federal, Estados, Municípios, Capitais de Estado sedes dos eventos internacionais que ocorrerão no país, a Administração Indireta, Autoridade Pública Olímpica. Com isso foi possibilitado um largo acesso aos entes políticos estatais para se utilizar de um novo regime jurídico para aquisições governamentais.

Com tal situação, é de se imaginar que pelo novo instituto se aplicará relativa parcela do investimento governamental. Ainda, é ínsito que o alargamento do instituto do RDC permitirá a sua maior relevância dentro do ordenamento pátrio em relação aos demais diplomas normativos existentes sobre o tema licitação.

Frisa-se que há um grande arcabouço de normas que regulam o tema de licitações públicas governamentais. Compreender em que situação o RDC irá se colocar neste sistema é uma dúvida que paira a alguns estudiosos do assunto.

Imagina-se que algumas alterações contidas no RDC, a exemplo, a padronização de minutas de contratos, será meio capaz de gerar celeridade aos procedimentos administrativos envolvidos no certame. Também, a possibilidade de previsão de dispositivos que possam gerir o julgamento das propostas pela via possível a garantir o maior retorno econômico a Administração poderá gerar novas situações de economicidade aos procedimentos licitatórios.

Mesmo padecendo de regulamentação, certas inovações permitirão gerar políticas de fomento a eficiência na gestão dos contratos regidos pelo RDC. A exemplo, cita-se a possibilidade de remuneração variável da contratada, o que está se chamando de contrato de eficiência. Tal ocorrência permitirá a remuneração adicional da empresa contratada em caso desta fornecer, objetivamente, demonstrações de economicidade e contenção de outras despesas de natureza corrente.

Por tudo isso, acredita-se que em certa medida o RDC pode auxiliar no regime geral de licitação pública em prol de uma maior eficiência nos procedimentos e o que levará a um maior grau de sucesso do certame. Concomitante a sua total regulamentação e, a real implementação nos setores da Administração, o novo regime irá alterar a utilização das demais normas relativas à matéria, substancialmente, ao ponto de enfraquecer a utilização do regime geral de licitações, lei 8.666/93.

Por fim, é relevante compreender que é possível crer que o novo instituto fornecerá ao Estado brasileiro condições almejadas, para que satisfaçam o encontro dos ideais da Administração por licitações ágeis, econômicas e, que possam transcorrer em um ambiente de total transparência e segurança jurídica. O que é compreendido quando o processo licitatório não se expõe diante de situações de risco, como o caso superfaturamento, e fraudes.

Ao contrário, acredita-se que o RDC possa executar o objetivo buscado pelo Estado, com fulcro no princípio do interesse público administrativo, que para Administração no caso dos certames licitatórios é possibilitar a melhor compra ao Estado, dentro da condição mais vantajosa de preço e qualidade.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4ºed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Decreto 3.555/2000, de 08 de agosto de 2000*. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm;

_____. *Decreto 5.450/2005, de 31 de maio de 2005*. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 26ºed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13º. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, Benedicto de Tolosa. **Pregão – Uma Nova Modalidade de Licitação**, 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. - 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ºed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *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. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: maio de 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4ªed. São Paulo: Síntese, 2002.

PESTANA, Márcio. **Licitações Públicas no Brasil – Exame Integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002**. 1ªed. São Paulo: 2013.

TÁCITO, Caio. **O princípio da legalidade: ponto e contraponto**. *Revista de Direito Administrativo*. v. 206. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PELLACANI E ESTELITA. *Revista Candido Mendes* n.18, **Ponderações sobre o regime diferenciado de contratação: legitimidade, procedimento, proveitos e inconveniências**. Rio de Janeiro: Gramma, 2013.

VITAL. **Revista do TCU** n.122 – Autor André Luiz Francisco da Silva Vital

ZYMLER E CANABARRO, **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ªed. Belo Horizonte: Forum, 2013.