

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC:

Aspectos Gerais e Características do Objeto da Licitação

RAPHAEL RODRIGO CORREIA SANTOS RODRIGUES TRINDADE

Brasília-DF

2015

RAPHAEL RODRIGO CORREIA SANTOS RODRIGUES TRINDADE

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC:
Aspectos Gerais e Características do Objeto da Licitação

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo.

Brasília-DF

2015

RAPHAEL RODRIGO CORREIA SANTOS RODRIGUES TRINDADE

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC:

Aspectos Gerais e Características do Objeto da Licitação

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-graduação
Lato Sensu em Direito Administrativo.

Brasília-DF, _____ de Maio de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

“O direito não é um dado. É um construído”.

Hannah Arendt

Dedico

este trabalho à minha mãe Hilneth Correia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, aos meus mentores jurídicos, Dr. Antenor Madruga e a Dr^a. Estefânia Viveiros pela oportunidade ímpar que me concederam em Brasília; a minha mãe Hilneth Correia; a todos que, direta ou indiretamente, ajudaram na consecução deste trabalho.

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar uma análise crítica sobre os aspectos gerais e as características do objeto da licitação da Lei Federal nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC a partir de uma metodologia de análise comparativa, de modo a identificar as semelhanças e explicar diferenças entre a novel regulamentação e a disciplina ordinária da Lei nº 8.666/93. A crítica de fundo, em verdade parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para a solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. O debate em torno do RDC, não poderia ter culminado em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666/93 e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral utiliza?

Palavras-chaves: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Aspectos Gerais. Características do objeto da licitação. Lei 8.666. Lei 12.462.

ABSTRACT

The objective of this study is to present a critical analysis of the general aspects and the object of bidding characteristics of Federal Law No. 12.462, of August 5, 2011, which instituted the Differentiated System of Public Contracting - DRC from an analysis methodology comparative, in order to identify the similarities and explain differences between a novel regulatory and ordinary discipline of Law 8.666/93. The background of criticism, in fact seems to be the adoption of an exceptional and temporary basis for breakthrough solution of specific problems in specific projects. The debate around the DRC, could not have culminated in efforts to improve the Law No. 8.666/93 and bids and administrative contracts that the general management uses?

Keywords: Differential System of Public Contracting. Overview. Under procurement features. Law 8.666. Law 12.462.

SUMÁRIO

| | |
|--|--------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 BREVE CONTEXTO DA LEI DE LICITAÇÕES 8.666/1993 | 234 |
| 2.2 Lei Geral da Copa 2014 | 234 |
| 2.3 Divergências e polêmicas entre a Lei nº 8.666/93 e a lei da copa | 29 |
| 2.3.2 Igualdade, Isonomia e Competitividade na Licitação Pública | Erro! |
| Indicador não definido.3 | |
| 3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES X LEI DE LICITAÇÕES..... | 24 |
| 3.1 Regime Diferenciado de Contratação – RDC - Lei nº 12.462/2011 | 24 |
| 3.1.1 Panorama Geral dos Regimes de Execução Previstos no RDC | 29 |
| 3.1.2 Objeto da Licitação..... | 34 |
| 3.1.3 Remuneração variável à luz do RDC | 38 |
| 3.2 Regime Diferenciado de Contratações <i>versus</i> Lei 8.666/1993 | 48 |
| CONCLUSÕES | 44 |
| REFERÊNCIAS..... | 46 |

1 INTRODUÇÃO

Há mais de 140 anos, o instituto da licitação foi introduzido no direito público brasileiro, pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862 (BRASIL, 1862), que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, vindo a ser consolidado no âmbito Federal pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922 (BRASIL, 1922), que organizou o Código de Contabilidade da União.

O referido instituto veio evoluindo com o objetivo de dar maior eficiência às contratações públicas, sendo finalmente sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967), que estabeleceu a Reforma Administrativa Federal, estendido com a edição da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968 (BRASIL, 1968), às Administrações dos Estados e Municípios.

O estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos foi instituído pela primeira vez através do Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986 (BRASIL, 1986), atualizado em 1987 pelos Decretos-Lei 2.348 e 2.360 (BRASIL, 1987), reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

Apesar dos textos constitucionais anteriores terem contemplado dispositivos relacionados ao acesso à função pública e ao regime do funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta Magna de 1988, recebendo status de Princípio Constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao analisar o disposto no Artigo 37, XXI da Constituição de 1988 pode-se observar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, apenas sendo dispensada ou inexigida nos casos expressamente previstos em Lei (BRASIL, 1988).

No ano de 1992 o uso de enganosos mecanismos corruptores que, ao resguardo da legislação vigente, tinha assumido um nível insuportável, gerando forte reação das empresas representadas pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, que juntamente com alguns Congressistas passaram a estudar um Projeto de Lei para impedir os direcionamentos de obras públicas, por meio de

camuflados dispositivos, o qual, em 1993, veio a se converter na atual Lei de licitações, 8.666 (BRASIL, 1993).

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), estabelece que o princípio de licitar destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção 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 lhe são correlatos.

Os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público são os princípios norteadores da atividade estatal, tendo extrema importância para análise do procedimento licitatório dentro do ordenamento jurídico.

Desse modo, o trabalho que será desenvolvido tem por pressuposto apresentar o Regime Diferenciado de Contratações, denominado RDC. Trata-se da Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011, que tem eficácia até 2016 para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos e englobou a Copa das Confederações e a Copa do Mundo de 2014, regulamentada pelo Decreto 7.581, de 11 de outubro de 2011.

Duas lacunas são relevantes na Lei 8.666/93: a) uma sobre os critérios das exigências de comprovação de qualificação técnica que surgiu com os vetos do Presidente da República aos dispositivos originais, e que a jurisprudência vai se encarregando de suprir, embora sem uniformidade e não com o conteúdo mais correto; b) outra sobre o critério para a recusa de propostas com preços inexequíveis, cuja relevância e conveniência sempre são difíceis de fazer perceber pelos parlamentares e pela opinião pública.

O RDC, sancionado ao final do ano de 2013 pela Presidente da República, ressuscita dispositivos obscuros do Decreto-Lei 2300/86 e legaliza sorrateiros mecanismos de corrupção ainda hoje utilizados, mas apenas quando não se cumpre a Lei 8.666/93.

Baseado na Legislação Britânica, o Governo elaborou e sancionou a Lei 12.462, chamada de RDC que inclui regras específicas para licitações e contratações relacionadas aos eventos esportivos dos últimos anos e as Olimpíadas do Rio em 2016.

Em alguns dispositivos do novo regime encontram-se falhas e lacunas que podem e devem ser sanadas. As dificuldades aqui abordadas serão relevantes, mas não devem ser postas de modo ameaçar a pretensão do diploma ou desburocratizar as licitações públicas por meio de instrumentos que contemplem a economia, a celeridade e a eficiência.

Neste sentido, talvez a maior inovação trazida pelo RDC seja a reflexão para uma atualização dos mecanismos existentes nas licitações públicas. Neste contexto, de forma audaciosa e, talvez, sem um preparo prévio, que nasce um novo e criticado regime ainda aberto a muitos debates e questionamentos.

Questionam-se no sentido de se pretender saber quais seriam as razões que teriam levado o Poder Executivo a enviar ao Congresso Nacional a proposta de um regime especial de contratações.

Nesse sentido, a pergunta-problema a ser respondida ao final é:

- Por que excepcionar a Lei nº 8.666/93, criando o Regime Diferenciado de Contratação – RDC ?

Assim, esse estudo tem como objetivo geral analisar a Seção I do Capítulo I da Lei 8.666/93, que delimita o objeto da sua incidência, define a terminologia técnico-jurídica que se lhe emprega e apresenta os objetivos, princípios e diretrizes que fundamentam e norteiam a sua aplicação. Sendo seus Específicos:

- a) Descrever brevemente sobre a Lei de Licitações (8.666/1993);
- b) Conceituar e descrever o Regime Diferenciado de Contratações;
- c) Descrever sobre o objeto sobre os aspectos gerais e as características do objeto da licitação.

A escolha do tema Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC oferece importantes instrumentos que concorrem para a eficiência e celeridade dos processos licitatórios sob sua aplicação. De igual modo, introduz relevantes inovações no que se refere à contratação e execução dos contratos públicos, com vistas à obtenção da melhor relação custo benefício para a Administração e para os interesses da sociedade.

Assim, a utilização desses mecanismos no âmbito do RDC será um importante teste para a identificação das suas potencialidades. Caso bem concebidos, os contratos de eficiência e as avenças que contemplam remuneração variável poderão proporcionar economias relevantes aos cofres públicos. Por isso, não faz sentido que o seu âmbito de aplicação seja restrito ao RDC.

No tocante à metodologia da pesquisa, vale primeiramente destacar o que é pesquisar, como meio de compreender a importância da pesquisa científica. Desse modo, pesquisar é:

procurar uma informação que não se sabe e que se precisa saber. Consultar livros e revistas, verificar documentos, conversar com pessoas, fazendo perguntas para obter respostas, são formas de pesquisa, considerada como sinônimo de busca, de investigação e indagação (LAKATOS e MARCONI, 1987).

Ou seja, “a pesquisa pode ser considerada um procedimento formal com método de pensamento reflexivo que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais.” Vai além de procurar a verdade, mas em busca de encontrar respostas e soluções para o problema levantado.

A base metodológica desse estudo será o método indutivo, ou seja, esse método “parte do efeito para as causas, exigindo verificação, observação e/ou experimentação” (GIL, 2010).

Para tanto, utilizar-se-á uma metodologia de análise comparativa, de modo a identificar as semelhanças e explicar diferenças entre a novel regulamentação e a disciplina ordinária da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Além disso, para composição dos dados que serão discutidos nesse estudo se fará uso da pesquisa bibliográfica. Assim compreende em oito fases, são elas: “a) escolha do tema; b) elaboração do plano de trabalho; c) identificação; d) localização; e) compilação; f) fichamento; g) análise e interpretação; h) redação” (LAKATOS e MARCONI, 2010).

2 BREVE CONTEXTO DA LEI DE LICITAÇÕES 8.666/1993

A Lei 8.666/1993 é classificada como complexa, com exigências exageradas, e que incentiva demandas judiciais que protelam o julgamento das licitações. Nada mais falso do que essas afirmações. Os que as fazem, ou são inocentes úteis que desconhecem os detalhes da lei e se emprenham por enganosas informações, ou são mal intencionados que a querem desmoralizar, “para modificá-la, porque não se conformam que ela busque extinguir o poder de se direcionar uma concorrência para o companheiro preferido, e impossibilitar a contratação de uma obra por preços exorbitantes” (PONTES, 2011).

Quase todas as demandas judiciais nas licitações, acontecem quando os seus editais desrespeitam a lei, geralmente com o objetivo de privilegiar alguém, ferindo o princípio da isonomia.

Desse modo, quem almeja licitações sem a ocorrência de protelações por demandas judiciais, deve

lutar pelo cumprimento dos dispositivos da Lei 8.666, entre os quais os que mandam fixar um preço máximo para aceitação das propostas, que deve ser determinado a partir de orçamento detalhado feito sobre um projeto bem definido e tornado público para toda a sociedade, o que já impede qualquer possibilidade de conchavos de licitantes resultarem em prejuízo para o erário (PONTES, 2011).

Ou seja, lutar pelo cumprimento correto da lei 8.666/1993 que demanda uma concorrência entre as empresas participantes da licitação e a aceitação de propostas que devem ser determinadas pelo detalhamento do orçamento.

2.2 Lei Geral da Copa 2014

A legislação visa cumprir as garantias assumidas pelo governo brasileiro com a Federação Internacional de Futebol (Fifa) e valeu também para a Copa das Confederações, que se realizou em 2013. A presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei Geral da Copa, que definiu as regras para a realização do Mundial de 2014 no

Brasil. O texto teve seis pontos vetados em cinco artigos. Adiante, os principais pontos da Lei Geral (GLOBO, 2012).

Foram quatro categorias de ingressos. Os valores não constam da Lei Geral, mas fazem parte de um acordo entre Congresso, Governo e FIFA.

De acordo com o deputado Vicente Cândido, relator da Lei Geral da Copa na Câmara, a "categoria 4" teria entradas a US\$ 50, mas estudantes, idosos e beneficiários de programas de transferência de renda pagaram metade desse valor. Os ingressos da "categoria 3" custaram cerca de US\$ 100, a "categoria 2" deveriam ter entradas a US\$ 450, e os ingressos da "categoria 1" custaram em torno de US\$ 900 (GLOBO, 2012).

A Lei Geral da Copa estabelece que a FIFA colocaria à disposição 300 mil ingressos "no decurso de diversas fases de venda" nos jogos da Copa para o grupo mais barato, o grupo 4.

A presidente vetou a reserva de 10% dos ingressos de valor mais baixo em cada partida da seleção brasileira. O artigo previa venda "dentro do prazo razoável que evite filas ou constrangimento". Para o governo, "o dispositivo criará grandes dificuldades para sua operacionalização". (GLOBO, 2012).

Para os jogos da Copa das Confederações, foram ao menos 50 mil ingressos na categoria 4.

A presidente abriu caminho para permitir a meia-entrada para estudantes nos jogos da Copa em todas as categorias de ingresso ao vetar artigo segundo o qual regras estaduais e municipais sobre descontos não se aplicariam ao evento. Ao justificar o veto, a presidente argumentou que "lei federal que suspenda gratuidades e descontos previstos em normas de estados e municípios pode representar violação ao pacto federativo".

Com isso, se quisesse restringir a meia-entrada nas demais categorias, a Fifa teria, em tese, de negociar com estados e municípios-sede de jogos da Copa que tinham leis específicas sobre o assunto.

Dispositivo do Estatuto do Idoso (legislação federal) previa que pessoas com mais de 60 anos poderiam comprar ingressos pela metade do preço em todas as categorias (GLOBO, 2012).

O texto estabelece que a FIFA devesse sortear os ingressos populares - do grupo 4 - "prioritariamente" entre estudantes, idosos e beneficiários de programas de transferência de renda, que teriam 50% de desconto no preço.

As regras específicas sobre os sorteios não constam da Lei Geral. O texto diz apenas que serão acompanhados por "órgão federal competente".

A lei sancionada manteve ainda a possibilidade de acordos entre Estados e FIFA para disponibilização de 1% de todos os ingressos para pessoas com deficiência.

Sobre a possibilidade de entradas a preços populares para indígenas ou pessoas que aderissem à campanha "Por um mundo sem armas, sem drogas, sem violência, com trabalho decente", a lei previu que fosse feito acordo entre o Poder Público e a FIFA (GLOBO, 2012).

O texto previu que o período de férias escolares em 2014 fosse modificado para que não houvesse aulas durante a Copa do Mundo. As datas, porém, não foram definidas pois cabe a cada secretaria de educação definir

A União poderia decretar feriados nacionais durante os jogos da seleção. A lei prevê que estados e municípios também poderiam declarar feriados nos dias de jogos em seus territórios.

A lei prevê que a União assumisse a responsabilidade civil de danos resultantes em razão de incidente ou acidente de segurança relacionados ao evento. A União ficou responsável por disponibilizar para a FIFA segurança, serviços médicos e serviços de imigração.

Destinação de uma espécie de premiação a atletas vencedores das Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970 que estivessem em difícil situação financeira. A lei determinou um prêmio de R\$ 100 mil de uma só vez aos jogadores, titulares ou reservas. Ainda previu a concessão de auxílio especial mensal que, com a renda do beneficiário, atingisse o valor máximo da aposentadoria concedida pelo governo (GLOBO, 2012).

A lei autorizou o uso de aeroportos militares para embarque e desembarque de passageiros e cargas. Para a utilização, o texto previu a assinatura de um termo de cooperação que proveu recursos para o custeio das operações.

O texto flexibilizou a emissão e concessão de vistos a estrangeiros. Propôs o texto a criação de vistos especiais gratuitos para permanência de turistas e pessoas que iriam trabalhar durante o evento. Esse tipo de permissão, conforme o texto valeu por até 90 dias para turistas e até 31 de dezembro de 2014 para demais estrangeiros.

Foram vetados ainda os artigos 48 e 49 que permitiam emissão de visto por meio eletrônico, conforme entendimento:

Ao determinar que o visto somente será obtido no país de origem do estrangeiro e estabelecer prazo mínimo de 30 dias de antecedência para envio do formulário de solicitação, a proposta traz retrocessos à atual sistemática da emissão de visto, que prescinde de tais limitações (GLOBO, 2012).

A lei estabeleceu regras para o trabalho voluntário durante o Mundial e previu que esses voluntários recebessem transporte, alimentação e uniformes.

Foram vetados os artigos 59 e 60, que proibiam o serviço voluntário em atividades que possam colocar em risco a segurança e o bem-estar do público. Para o governo brasileiro, "o tema já é previsto na legislação trabalhista brasileira, que prevê regramentos para evitar a utilização do voluntariado como mecanismo de precarização" (GLOBO, 2012).

Com relação à proteção da FIFA:

- Marca:

A lei previu mecanismos de proteção da marca da FIFA e dos símbolos da Copa para evitar o registro de marcas semelhantes. Empresas não patrocinadoras que fizerem publicidade vinculada à Copa, exibição de partidas, venda de ingressos, entre outros, terão que indenizar a FIFA em valores relativos aos danos sofridos pela entidade (GLOBO, 2012).

- Restrição comercial:

A FIFA poderia definir áreas de restrição comercial em até 2 quilômetros em volta dos estádios, sem prejudicar os estabelecimentos em funcionamento desde que eles não tenham associação com os jogos. Isso significa que o comércio não poderia fazer publicidade de concorrentes de patrocinadores no entorno dos estádios, mas poderia vender os produtos normalmente (GLOBO, 2012).

- Crimes:

O texto da lei previu tipos de crimes até 31 de dezembro de 2014 pela reprodução ou falsificação de símbolos da Fifa e divulgação de produtos relacionados à Copa. A pena é de detenção de três meses a um ano mais multa e só valeria mediante representação da FIFA.

O texto não liberou nem proibiu expressamente a venda de bebidas alcoólicas em estádios durante o Mundial. Um artigo somente retirou, para os períodos da Copa do Mundo e da Copa das Confederações, a proibição prevista no Estatuto do Torcedor.

Com a suspensão da vigência desse trecho do Estatuto do Torcedor (uma legislação federal), alguns parlamentares interpretaram que a decisão sobre a venda de bebidas alcólicas nos estádios ficaria a cargo dos governos dos estados, que têm leis específicas proibindo a prática.

Em meio à crise política entre aliados no Congresso, o governo teria anunciado não haver compromisso com a FIFA para a venda e consumo de bebidas alcoólicas em estádios, em uma tentativa de viabilizar a aprovação da lei, que estabeleceu regras para a realização da Copa do Mundo em 2014 e das Confederações em 2013 (TERRA, 2012).

Segundo o Deputado Vicente Cândido (PT-SP), recuando sua posição, disse que "Volta tudo como era antes. Ninguém entendeu nada, era meio uma informação totalmente nova, fora de contexto". Ele havia dito que retiraria o dispositivo que legaliza o comércio de bebidas nas arenas após reunião com representantes da Casa Civil, na qual teriam afirmado não haver um acordo do governo sobre tal exigência (TERRA, 2012).

Segundo o Ministro do Esporte, Aldo Rebelo, em nota, o "compromisso assumido junto à FIFA relativo à venda de alimentos e bebidas nos estádios". A questão interessa à FIFA, que tem uma cervejaria entre seus principais patrocinadores. Deputados contrários à liberalização das bebidas alegaram que a permissão poderia aumentar casos de violência nas arenas. Sem o dispositivo que explicita a venda de bebidas alcoólicas, a FIFA teria que negociar com cada um dos Estados para conseguir autorização para comercializar os produtos (TERRA, 2012).

Vale dizer que o novo impasse em torno da lei ocorreu na véspera do encontro entre a presidente Dilma Rousseff e o mandatário da FIFA, Joseph Blatter, e em um momento conturbado nas relações entre o País e a entidade.

Vale lembrar, ainda, que o secretário-geral da FIFA, Jerome Valcke, criticou diversas vezes a demora na aprovação da Lei Geral da Copa. Na última delas, disse que o Brasil precisava de um "chute no traseiro" para fazer o evento acontecer. Após a declaração, o Brasil vetou sua atuação como interlocutor junto à FIFA.

Para o Deputado Vicente Cândido, "Já começa a ficar constrangedor para o Brasil essa demora em aprovar. Já está passando do limite do atraso. A FIFA tem razão na pressão dela e o Brasil tem que cumprir seus compromissos" (TERRA, 2012).

A lei, aprovada em Comissão Especial, precisou passar pelo plenário da Câmara e do Senado antes de ir à sanção presidencial.

Na afirmativa de Fernando Rebouças, a Lei Geral da Copa 2014 estava relacionada como Mundial de Futebol programado pela FIFA realizado em 2014 no Brasil. É um projeto que visava consolidar as metas do governo brasileiro para planejar, organizar e materializar a realização do evento. Dentre os temas, estavam o encaminhamento das verbas, proteção de marcas, normas de utilização de estádios e demais infraestruturas (REBOUÇAS, 2014).

Segundo Rebouças, a lei detalhou os caminhos de consolidação dos compromissos que o Brasil firmou com a FIFA quando recebeu direito de realizar a Copa de 2014. Sugerido pelo governo, a lei foi encaminhada para ser analisada pelo Congresso Nacional a partir de 2011, mesmo ano em que o Ministério dos Esportes anunciava que dos 12 estádios planejados para a Copa, oito estariam concluídos até o final de 2012 (REBOUÇAS, 2014).

Óbvio que se trata de tema muito criticado, e para Rebouças não poderia ser diferente, isto é:

Em 2011, dentre várias críticas, uma das principais polêmicas envolveu a responsabilidade civil da União em relação ao evento, o governo teve a intenção de acatar pedido da FIFA, no qual conferia ressarcimento à entidade internacional de futebol caso houvesse algum prejuízo para a mesma independente de culpa e ocorrido sob qualquer origem ou culpa, porém houve recuo do governo em não admitir pagar por erro cometidos pela FIFA durante a Copa 2014 (REBOUÇAS, 2014).

Em fevereiro de 2012, foram definidas as prioridades de votação de leis do governo para o primeiro semestre legislativo do ano, a votação e aprovação da Lei Geral da Copa entrou na lista de prioridades ao lado de outros projetos como da Fundação de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais (Funpresp) e do novo Código Florestal (REBOUÇAS, 2014).

A Câmara dos Deputados ainda teria que iniciar a votação de cinco medidas provisórias para libera a pauta da Lei da Copa, o projeto de lei ainda rodeado por polêmicas e críticas de algumas bancadas parlamentares apresentava profundas divergências em sua proposta (REBOUÇAS, 2014).

O projeto ficou lento no Congresso Nacional não somente pelas divergências políticas, mas pelos questionamentos de sua constitucionalidade. Dentre as preocupações, um dos artigos atingiria o interesse de comerciantes, consumidores e juristas (REBOUÇAS, 2014).

O artigo 11 do texto sugere restrição do comércio de publicidade nos locais próximos a estádios e vias de acesso aos eventos esportivos, pois cada espaço publicitário seria explorado exclusivamente pela FIFA para a divulgação de marcas e produtos (REBOUÇAS, 2014).

Nos locais oficiais de competição ficaria restrita a comercialização de produtos, estando esse direito sob exclusividade da própria FIFA, sem determinar quais produtos poderiam ser liberados. E para Rebouças, a FIFA quer igual direito na revenda de bebidas, ou seja, “[...] exige o direito de poder vender bebidas alcoólicas nos estádios (pois um dos patrocinadores é fabricante de cerveja), o que é proibido pelo Estatuto do Torcedor”.

2.3 Divergências e polêmicas entre a lei 8.666/93 e a lei da copa

A Administração Pública para desempenhar suas tarefas muitas vezes depende de bens, serviços e obras. A aquisição desses bens ou a realização desses serviços e obras será realizada mediante a aceleração de um contrato. O contrato é um acordo de vontades firmado pelas partes com a finalidade de estabelecer obrigações e direitos entre elas. Os contratos públicos são regidos por

normas de direito público, sendo possível à aplicação supletiva de normas e princípios de direito privado.

Para Hely Lopes Meirelles, contrato administrativo é "o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivo de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração" (MEIRELLES, 2003, p. 264).

Quando o assunto é Administração Pública e aplicação de dinheiro público é necessário estabelecer regras, com o intuito de preservar, dentre outros, os princípios da legalidade e moralidade.

Conforme previsto na Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Daí surge a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes à obra, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.3.1 Igualdade e Licitação Pública

A igualdade, enquanto princípio constitucional aplica-se a todos os ramos das relações sociais e jurídicas, inclusive ao Direito Administrativo e, conseqüentemente, à licitação (objeto do presente estudo). A igualdade, como já foi visto, busca o razoável e afasta o arbitrário e o desproporcional, mesmo em procedimentos licitatórios.

Na realidade, em todas as áreas do Direito Administrativo percebe-se a importância do princípio da igualdade de tratamento dos administrados. Seja no provimento de cargos e funções públicas, nas concessões e permissões de serviços públicos ou no exercício do poder de polícia pela Administração. Porém, em nenhuma área o princípio da igualdade de tratamento fica tão evidente e é tão fundamental quanto nas licitações.

São bem divergentes as definições doutrinárias para a licitação convergem, isto é, para Moreira Neto, é "a série de atos administrativos coordenados destinados

a selecionar a proposta de contrato mais vantajosa para a Administração Pública” (MOREIRA NETO, 2003, p. 164). Hely Lopes Meirelles, por sua vez, conceituou licitação como:

[...] o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se por meio 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. (MEIRELLES, 2003, p. 264).

Transcreve-se a seguir outro conceito de licitação, por ser bastante detalhado, elaborado por Toshio Mukai:

[...] a licitação significa um cotejo de ofertas (propostas), feitas por particulares ao Poder Público, visando a execução de uma obra, a prestação de um serviço, um fornecimento ou mesmo uma alienação pela Administração, donde se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um procedimento administrativo regado, que proporcione tratamento igualitário aos proponentes, findo o qual poderá ser contratado aquele que tiver oferecido a melhor proposta. (MUKAI, 1999).

A licitação é, por excelência, a atividade da Administração Pública da qual se exige o grau máximo de impessoalidade e de igualdade entre os administrados, posto que lida diretamente com a aplicação dos recursos públicos para a aquisição de bens e serviços pelo Estado. E nem poderia ser diferente. Se assim não fosse, com toda certeza a quantidade de fraudes em licitações e o montante de recursos desviados seriam muito maiores ainda do que aqueles hoje verificados.

A importância da licitação para a Administração Pública e, por conseguinte, para o Direito Administrativo, manifesta-se no artigo 37, XXI, da Constituição:

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 (BRASIL, 1988).

Assim, o princípio da igualdade dos administrados perante a Administração Pública, ao ser aplicado à licitação pública, transmuda-se no princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes, que adquire caráter de princípio constitucional mediante a sua inclusão no texto da Carta Magna, acima transcrito.

2.3.2 Igualdade, Isonomia e Competitividade na Licitação Pública

De outra sorte, quanto ao princípio da igualdade de condições na licitação, existem outros autores que vislumbram ainda outros princípios além desse. Um desses autores é Di Pietro. Para ela, a Lei nº 8.666/1993 traz implícito o princípio da competitividade, em seu artigo 3º, § 1º, I, ao proibir cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam distinções ou preferências impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual (DI PIETRO, 2004, p. 303-5).

A seguir, Di Pietro (2004) menciona o princípio da isonomia (artigo 3º, § 1º, II, da Lei nº 8.666/1993), que determina a proibição de tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Outros autores não vislumbram dessa maneira. Motta, por exemplo, menciona os princípios da igualdade entre os concorrentes, da oposição ou competitividade e da livre concorrência (MOTTA, 1999, p. 76-81). Dallari define apenas a igualdade como um dos elementos verdadeiramente essenciais da licitação, ao lado da publicidade e da estrita observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura (DALLARI, 2000, p. 32-38).

Medauar (2001, p. 217) conceitua igualdade como “isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendem participar da licitação, vedada qualquer discriminação”. Por outro lado, Justen Filho – mais próximo do pensamento de Di Pietro – consegue enxergar os princípios da isonomia entre os particulares, do prejuízo ao caráter competitivo e da isonomia entre nacionais e estrangeiros (JUSTEN FILHO, 1994).

Tendo em vista a ampla divergência doutrinária, o presente estudo entende como mais adequada a terminologia principiológica defendida por Di Pietro, que aborda essa noção da igualdade em sentido amplo, observada sob três pontos de vista: a igualdade entre concorrentes, a competitividade e a isonomia entre empresas brasileiras e estrangeiras (DI PIETRO, 2004).

3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES X LEI DE LICITAÇÕES

3.1 Regime Diferenciado de Contratação – RDC

O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, na concepção de alguns autores, escancara as portas da corrupção quando, contrariando as refletidas vedações da Lei 8.666/1993, que são:

- Legaliza permissão para tornar sigilosos os orçamentos das obras (Artigo 6º), usar critérios subjetivos no julgamento das propostas (Artigo 4º);
- Juntar, na mesma licitação, a realização do projeto e da obra (Artigo 9º);
- Obrigar a grandes e inúteis despesas dos licitantes com a preparação de propostas e a prévia confecção de projetos, que, à exceção do vencedor, que serão descartadas após a licitação, impedindo, praticamente, a participação de empresas de menor porte, privilegiando os que têm mais dinheiro para desperdiçar ou mais certeza de vitória, pagar valores adicionais ao empreiteiro como prêmio por desempenho, qualidade, prazos, etc. (Artigo 10);
- Acrescer o valor do contrato, sem qualquer limite (Artigo 39), desrespeitando a barreira dos 25% estabelecida na lei 8.666/93, e apenas por uma decisão da FIFA e de outros organismos não nacionais (PONTES, 2011).

Apesar disso, a Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011, que regula o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, RDC, com eficácia até 2016 com os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, regulamentada pelo Decreto 7.581, de 11 de outubro de 2011, no artigo 1º, § 2º, estabelece regra segundo a qual a opção pelo regime deve constar de forma expressa no instrumento convocatório, e “resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei” (BRASIL, 1993).

Parece preocupante a exclusão deliberada da Lei 8.666/93, lei geral de licitações, do sistema do RDC. Pois, haverá situações em que, certamente, deverá aplicar-se norma do estatuto geral, ante a ‘omissão da lei’ do RDC.

O artigo 1º da lei dá algumas pistas ao dispor que a aplicabilidade do RDC se restringe exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016;
- II – da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014;
e
- III – de obras de infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades que sediarão esses eventos esportivos (BRASIL, 2011).

Conforme Andrade e Veloso (2011), “a vinculação exclusiva do RDC a tais finalidades indica a prioridade conferida pelo Estado brasileiro à realização desses eventos.” Ou seja, o regime excepcional pressupõe a procura por uma simplificação maior, transparência e eficiência nos procedimentos para dispensa de recursos públicos.

Com efeito, a expressão “licitações e contratos necessários à realização” (artigo 1º, caput) dá margem a larga interpretação, pelo que o RDC poderia abranger desde as obras dos estádios, passando por intervenções de mobilidade urbana e, até mesmo, investimentos em saúde, educação profissionalizante e segurança pública. Os incisos do artigo 1º igualmente não contribuem para a definição do âmbito de aplicação do RDC (ANDRADE e VELOSO, 2011).

O inciso I do artigo 1º remete a uma “Carteira de Projetos Olímpicos”, “a ser definida” pela Autoridade Pública Olímpica (APO), portanto, sequer se conhece quais seriam esses projetos, cuja definição deverá ser feita consoante o procedimento definido na Lei que criou a APO.

A APO foi constituída como consórcio público pela Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, que ratificou o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e a sua Capital. Assim, compete à Diretoria Executiva da APO “apresentar ao Conselho Público Olímpico a proposta de Carteira de Projetos Olímpicos” (CGU, 2013).

Em suma, está a cargo dos poderes Executivos dos entes da federação envolvidos a definição dos projetos que constarão da referida carteira e que, por conseguinte, poderão se valer do regime diferenciado de contratações, “devendo os contratantes das obras ou dos serviços fundamentarem a sua necessidade de utilização” (ANDRADE e VELOSO, 2011).

Por sua vez, o artigo 1º, II, da lei alude às licitações e contratos “definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014” e, nos casos de obras públicas, restringe a aplicação do RDC àquelas constantes de uma “matriz de responsabilidades” celebrada entre a União e os demais entes da federação (CGU, 2014).

Essa previsão, contudo, não assegura ou distinguir quais seriam as contratações sujeitas ao RDC, conforme Andrade e Veloso (2011):

Pois a própria Controladoria Geral da República admite que os valores e projetos apresentados nas matrizes de responsabilidades “serão atualizados na medida em que novas ações forem incluídas”. Demais disso, já foram celebrados sucessivos aditivos e revisões às matrizes de responsabilidade dos Estados e Municípios junto à União.

As obras e serviços referidos no inciso III do artigo 1º, por outro lado, são determináveis, porém se trata ao que parece de dispositivo que contém previsão casuística e que impõe discriminação inaceitável em desfavor de algumas capitais que – distantes mais de 350 km das cidades que receberão os eventos esportivos – não poderiam se valer do RDC para obras e serviços nos seus aeroportos (BRASIL, 2011).

Como última nota em relação ao âmbito de incidência do RDC, note-se que não há expressa previsão legal para a sua utilização em licitações e contratos que envolvam permissões, concessões comuns (de serviço público) e mesmo nas chamadas PPP’s, nas modalidades de concessão administrativa e concessão patrocinada.

Por fim, ainda quanto ao âmbito de incidência do RDC,

dúvida não há quanto ao seu aspecto temporal, pois, passados os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado. Parece, entretanto, cabível a sua utilização para a disciplina de contratos que, celebrados antes, tenha de ser executados no todo ou em parte depois dos eventos (ANDRADE e VELOSO, 2011).

O § 1º do artigo 1º da Lei nº 12.462/11 elenca os objetivos do RDC, e dele pode-se extrair a afirmação de que um dos seus principais objetivos é conferir maior celeridade às licitações e contratações e, assim, contribuir para o cumprimento dos prazos pactuados juntos às entidades internacionais responsáveis pela organização desses eventos (BRASIL, 2011).

O princípio da eficiência, apesar de não referido expressamente na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), já era amplamente aplicável à disciplina das licitações e contratos por força do artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Agora, constou expressamente também do regime diferenciado de contratações (artigo 3º).

O artigo 2º da Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011), estipula as definições a serem observadas no regime diferenciado de contratações. Em comparação com a Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), o novo diploma define menos institutos, como que a refletir o espírito de simplificação que caracteriza o regime introduzido. A comparação entre os estatutos revela que a lei especial omitiu-se quanto à definição de uma série de institutos de grande relevância para o regime introduzido, como obra, aquisição de bens (compras) e serviços, por exemplo.

Registre-se que a nova legislação reprisou as definições de empreitada integral, empreitada por preço global, empreitada por preço unitário e tarefa, estabelecidas pela Lei nº 8.666, artigo 6º, VIII (BRASIL, 1992).

A busca pela eficiência que inspira em grande medida a nova regulamentação também se expressa nas diretrizes do RDC. Com efeito, são as diretrizes da lei que contribuem à eficiência nas licitações e contratos:

1. “A padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas” (artigo 4º, I). Com esse propósito, a lei instituiu o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras (artigo 33).
2. A padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente (artigo 4º, II), que possivelmente visa a conferir maior racionalidade e previsibilidade à ação administrativa.
1. Ao que parece, contudo, a Administração – ao lançar o instrumento convocatório – deverá sempre atentar para as peculiaridades do objeto contratado, pois sempre poderá haver necessidade de ajustes nos modelos-padrão.

2. De todo modo, conforme exige a Lei, a padronização desses instrumentos deve ser previamente aprovada pelo órgão jurídico competente para tanto.
3. A “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental” (artigo 4º, III) (BRASIL, 2011).

“A lei aparentemente atribuiu conteúdo expressamente amplo à noção de “vantajosidade”. Segundo esse dispositivo, ao lado dos custos, deve a proposta ser analisada com relação aos seus benefícios diretos, tradicionalmente relacionados à qualidade de resultado e, agora, também em vista dos seus benefícios econômicos, sociais e ambientais.

Em todo caso, é fundamental que a Administração determine claramente no instrumento convocatório os critérios de avaliação de vantagem que terá em conta quando do seu julgamento.

Sob outro aspecto, a vantajosidade, segundo benefícios econômicos, sociais e ambientais, vai de encontro do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, inserido no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993) pela Lei nº 12.349 (BRASIL, 2011), e também encontrado no artigo 3º da Lei do RDC (BRASIL, 2011).

Por sua vez, o artigo 4º, §2º da lei do RDC estabelece que “o impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável” (BRASIL, 2011).

Apesar de ser bastante vaga a expressão “impacto negativo”, a mesma não poderá significar a destruição, demolição ou mutilação das coisas tombadas, o que “em caso nenhum” poderá ocorrer, conforme dispõe o artigo 17 do Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Da mesma forma, à parte desses danos expressamente vedados, não há legislação pertinente que disponha sobre a compensação de eventuais impactos negativos sobre o patrimônio tombado. Portanto, esse dispositivo deve merecer atenção do legislador, sem o que a sua eficácia restaria prejudicada.

Outra diretriz do RDC condizente com o princípio da eficiência diz respeito à adoção de “condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho” (artigo 4º, IV) (CARVALHO, 2012).

A esse respeito, a remuneração variável, consoante já consignado, foi uma das novidades trazidas pela Lei do RDC no seu artigo 10.

Por fim, também condiz com o princípio da eficiência a diretriz que apregoa a “utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local” da execução contratual, “desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação” (artigo 4º, V) (BRASIL, 2011).

Na Lei excepcional, como se percebe, a diretriz é explícita no sentido de se verificar, durante o processo licitatório, o impacto que a utilização de recursos locais teria sobre os custos da proposta. Isto, sobretudo, com o fito de verificar se tais custos se ajustariam ao orçamento estimado pela Administração para o contrato, bem como se acarretariam ineficiências na execução contratual.

Isso, ao que me parece, torna mais factível e menos programática a possibilidade de utilização de recursos locais na execução contratual. Outro objetivo do RDC é a ampliação da competitividade entre os licitantes (artigo 1º, §1º, I). Não se trata propriamente de uma novidade, pois a Lei nº 8.666, em diversas disposições, determina que a Administração preze pela competitividade no procedimento licitatório (BRASIL, 1993).

A nova legislação também traz uma diretriz nesse sentido: “parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala” (artigo 4º, VI). Mais enxuto que o seu equivalente na Lei nº 8.666/93, artigo 23, § 1º (BRASIL, 1993).

3.1.1 Panorama Geral dos Regimes de Execução Previstos no RDC

Em 05 de agosto de 2011 foi publicada a Lei nº 12.462, que estabeleceu um regime diferenciado de contratações públicas aplicáveis às licitações e contratos relacionados com os eventos esportivos que realizados no país nos anos 2013, 2014 e 2016, bem como as obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I, II do artigo 1º da referida lei (ANDRADE e VELOSO, 2011).

Para a execução das obras e serviços pode se dar uma forma direta ou indireta. Será direta quando a própria Administração Pública for a responsável pela execução ou, nos termos do artigo 6º, VII, da Lei 8.666/93, quando a execução se der “pelos órgãos e entidades da Administração Pública, pelos próprios meios” (BRASIL, 1993).

Já na execução indireta, “a responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou prestador do serviço” e se faz pela modalidade básica de empreitada (ANDRADE e VELOSO, 2011).

Segundo Dal Pozzo (2011, p. 44), para que se tenha um breve panorama acerca dos regimes de execução a serem utilizados nas obras e serviços de engenharia (contidos no artigo 8º do RDC), deve-se salientar que, em relação à empreitada por preço unitário (inciso I), à empreitada por preço global (inciso II), à contratação por tarefa (inciso III) e à empreitada integral (inciso IV), o artigo 2º do RDC nada mais fez do que repetir as definições referentes a essas modalidades contidas no artigo 6º da Lei nº 8.666/93, a Lei Geral de Licitações Públicas.

A empreitada por preço unitário ocorre quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e unidades determinadas. Já a empreitada por preço global se dá nos casos em que a contratação for feita por preço certo e total e cujo objeto da contratação seja indivisível (RIBEIRO, 2015).

Desse modo,

opção entre a empreitada por preço unitário ou empreitada por preço global não representa uma escolha discricionária da Administração Pública, mas deriva das características do objeto a ser contratado. A empreitada por preço unitário é cabível, portanto, nos casos em que o objeto puder ser realizado por etapas, ficando o contratado responsável exclusivamente pela etapa assumida (RIBEIRO, 2015).

No entanto, “há casos, porém, em que é absolutamente impossível o fracionamento do objeto licitado. Isso ocorre principalmente em obras de engenharia executáveis de forma indivisível” (RIBEIRO, 2015).

Trata-se de casos em que os interesses da coletividade, que justificam a contratação, apenas serão satisfeitos mediante a execução integral do objeto. Nessas hipóteses, o regime adequado será o da empreitada por preço global (RIBEIRO, 2015).

A contratação por tarefa é aquela em que se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por certo preço, com ou sem fornecimento de materiais. A tarefa é normalmente utilizada para trabalhos em que o pequeno valor da contratação dispensa a licitação e o termo de um contrato. A forma normalmente usada é a ordem de execução de serviço.

Nos termos do inciso I do artigo 2º da Lei nº 12.462, a empreitada integral é a contratação de um

empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada (BRASIL, 2011).

Preleciona ainda Dal Pozzo (2011, p. 44), que, a doutrina e a jurisprudência, pelas características da empreitada integral, costumam chamá-la de *EPC turn-key*, cujas iniciais tem o seguinte sentido: *engineering* (engenharia), *procurement* (procura e compra) e *construction* (construção civil e montagem). O designativo *turnkey* é concebido, justamente, para demonstrar, de forma ilustrativa, que o contratante do empreendimento deve apenas “virar a chave” para que o empreendimento opere de imediato, pronto, acabado e em plenas condições de funcionamento. Portanto não basta que a empresa contratada finalize a obra ou o serviço. “O contratado só terá dado integral cumprimento à sua obrigação após a entrega da obra e da comprovação de que esteja ela em condições de funcionamento” (RIBEIRO, 2015).

Por fim, o regime de contratação integrada, muito embora represente uma novidade em relação à Lei nº 8.666/93, não se trata de nenhuma inovação em nosso

ordenamento jurídico (BRASIL, 1993). Tal regime já havia recebido tratamento no Decreto nº 2.745, que aprova o Regulamento Licitatório Simplificado do Petróleo Brasileiro S/A (BRASIL, 1998).

Este regime é similar ao da empreitada integral, com diferença essencial de que, na contratação integrada:

a elaboração do projeto básico é atribuída ao contratado como parte do escopo estrutural, ou seja, tanto na empreitada como na contratação integral, o particular terá a obrigação de executar e entregar o empreendimento pronto e em plenas condições de funcionamento. Tanto que, após a execução, o contratado será responsável também pela realização de testes, pela pré-operação e por todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Contudo, na contratação integrada o projeto básico ficará a cargo do particular (PAULA, 2012).

O artigo 8º, em seu § 5º, da Lei nº 12.462/11 indica expressamente que não será exigido projeto básico na licitação sob o regime de contratação integrada. A obrigação de elaborar e desenvolver o projeto básico e executivo, na contratação integrada, será do próprio particular contratado (BRASIL, 2011).

O projeto básico, que deverá estar presente em todos os instrumentos convocatórios (exceto no caso de contratação sob o regime de contratação integrada – em que ficará a cargo do particular), visa, principalmente, “possibilitar a avaliação do custo da obra e do serviço, bem como definir os métodos e o prazo de execução do objeto contratado” (SOARES, 2012).

No caso de contratação integrada, diante da ausência de projeto básico para delimitar minimamente o objeto licitado, a Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011) exige que no instrumento convocatório conste, pelo menos, o anteprojeto de engenharia que, de certo modo, substitui o projeto básico nestes casos, estabelecendo um mínimo de elementos para a definição do objeto da contratação.

No entanto, qualquer que seja o regime de execução é “vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, que é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes” (BRASIL, 1993).

Esse, portanto, é o panorama geral dos regimes admitidos pela Lei nº 12.462/11 para a execução indireta de obras e serviços de engenharia. Contudo, a

referida Lei fez questão de deixar clara a sua preferência pela adoção de determinados regimes.

Nos termos do §1º do artigo 8º da Lei nº 12.462/11, nas licitações para obras e serviços de engenharia devem ser adotadas, preferencialmente, a empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada. Apenas na inviabilidade da aplicação dessa regra é que poderá ser adotado outro regime previsto no *caput* do artigo 8º, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção (BRASIL, 2011).

Assim, a empreitada por preço unitário e a contratação por tarefa representam exceções e a escolha de uma delas deve ser devidamente fundamentada no edital da licitação.

A experiência mostra que a falta de projetos adequados causa inúmeros transtornos para a Administração durante a execução contratual, seja porque se encontra limitada a estabelecer quantitativos de valor, seja porque se pagará um preço muito alto para algo que poderia ser menos oneroso ao erário. Além disso, em muitos casos, a ineficiência do projeto pode, inclusive, obstar toda a contratação, pois, a necessidade de alteração técnica é de tal monta que desnatura, *in totum*, o objeto a ser contratado.

O regime de execução contratual ora previsto pelo RDC pode vir a ensejar a celebração de um negócio jurídico com condições absolutamente desconhecidas pelas partes, desconectadas das reais implicações técnicas e econômicas que serão levadas a efeito durante o ajuste (UFSC, 2013).

Um dos pontos que mais chamam atenção neste novo regime é a vedação genérica presente no artigo 9º, §4º, por parte do legislador, acerca da celebração de termos aditivos aos contratos firmados em que for adotada a contratação integrada, estabelecendo, no entanto, duas situações excepcionais em que está autorizada.

No inciso I do artigo 9º verifica-se que a hipótese excepcional autorizada pelo legislador concerne a alterações contratuais com a finalidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em duas situações, caso fortuito ou força maior.

No caso do inciso II do artigo 9º do RDC, a hipótese prevista é de alteração unilateral do contrato pela Administração, por necessidade de alteração do projeto

ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, vinculada aos limites previstos no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Uma consideração se mostra importante na contratação integrada, é que não é a Administração que desenvolverá o projeto básico e, muito menos, o projeto executivo, como ela trará *expertise* de verificar a pertinência em se promover alguma alteração técnica para melhor cumprir com o objetivo da contratação?

Se todos os documentos técnicos foram delegados a elaboração pelo particular, certamente será ele que oferecerá as informações necessárias para que o administrador tome a decisão de alteração contratual, retirando sua imparcialidade, que lhe seria natural nos demais regimes de execução, em que a Administração efetivamente (ou supostamente) controla todas as informações técnicas (RIBEIRO, 2015).

Realmente, “a imparcialidade dessa decisão pode ser prejudicada justamente por não estarem à disposição da Administração todos os elementos técnicos para promover sua decisão de maneira fundamentada” (SOARES, 2012). Terá de valer-se unicamente da opinião técnica promovida pelos particulares, que, eventualmente, poderão prestigiar seus interesses econômicos – esse comportamento, inclusive, seria natural em face de seus objetivos estatutários: obtenção de lucro para a sociedade empresária.

O receio é ocorrer a captura do administrador, que não terá informações suficientes para demonstrar sua contrariedade em face daquele que elaborou todos os projetos técnicos e se encontra promovendo a execução do contrato administrativo.

3.1.2 Objeto da Licitação

O artigo 5º trata da definição do objeto; o artigo 6º contém prescrições quanto ao orçamento estimado para a contratação; o artigo 7º traz as regras pertinentes à aquisição de bens, ou melhor, à indicação de marca ou modelo, exigência de

amostra do bem a ser adquirido, certificação de qualidade e carta de solidariedade emitida pelo fabricante (PAULA, 2012).

Segundo Camarosano (2011, p. 29), licitação pode ser definida como

processo administrativo que tem por finalidade direta e imediata a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, para a contratação de seu interesse, mediante competição isonômica entre os eventuais interessados que atendam os requisitos estabelecidos em lei, e minudenciados em instrumento convocatório do certame.

Quem define o que quer é a entidade que promove a licitação, e não os próprios licitantes, sob pena de as propostas serem relativas não a um mesmo objeto, mas cada qual ao objeto concebido pelo seu respectivo autor ou proponente.

Destaca o artigo 5º da Lei nº 12.462/2011 que “o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias” (BRASIL, 2011).

Portanto, definir o objeto da licitação de forma clara e precisa é algo que se impõe por determinação legal, vedando apenas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, também não se pode admitir definição insuficiente do objeto, com ausência de especificações em rigor necessárias para que se possa obter propostas razoavelmente homogêneas.

Por sua vez, o artigo 6º estabelece que “o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação [...]” (BRASIL, 2011).

A justificativa apresentada para a instituição do sigilo do orçamento previamente estimado, que só será publicizado imediatamente após o encerramento da licitação, é a necessidade de impedir conluio entre os licitantes, que sabendo de antemão quais os valores orçados pela administração, e por ela assim fixados, poderiam de comum acordo se acertarem quanto aos valores a consignarem em suas respectivas propostas para a consecução dos resultados que almejam, deixando de apresentar os preços realmente factíveis em razão dos seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação (PAULA, 2012).

No sistema do RDC, propostas poderão ser desclassificadas

por apresentarem preços manifestantes inexequíveis ou que, mesmo após negociação, permaneçam acima do orçamento estimado. Mesmo servindo de parâmetro para a referida decisão, permanecerá sigiloso para os

licitantes até o exaurimento da fase recursal, pela própria lei definido como o momento em que o procedimento licitatório se tem por encerrado (SOARES, 2012).

Nos termos do artigo 7º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, estabelecem que em se tratando de aquisição de bens, a Administração Pública poderá indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado (BRASIL, 2011).

A alínea “a”, do inciso I, do artigo 7º, contempla a hipótese de padronização do objeto, que a Lei 8.666/93 já prevê como princípio “que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas”.

Dessa maneira, desde que adequada e formalmente justificada do ponto de vista técnico, sem desprezar os aspectos de economicidade, a Administração poderá instituir a padronização deste ou daquele tipo de bem, bem como manter a padronização já instituída, ou mesmo alterá-la. (SOARES, 2012).

Na alínea “b”, do inciso I, do artigo 7º, o que enseja a indicação da marca ou modelo será o fator de ser a única ou o único capaz de atender às necessidades da entidade contratante, que deverá estar cabalmente demonstrado, caso contrário, implicará, obviamente, em inexigibilidade do certame.

É sempre bom lembrar que os pressupostos que conduzem à inexigibilidade da licitação não é a exclusividade de produção, mas de fornecimento.

A possibilidade de indicação de marca ou modelo é

quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão ‘ou similar ou de melhor qualidade (BRASIL, 2011).

No que concerne à possibilidade de indicação de marca ou modelo, no caso de aquisição de bens, embora com redação mais explícita e diferenciada, não vislumbro diferenças substanciais nesta matéria, entre o RDC e a Lei 8.666/93 uma vez que no sistema da Lei 8.666/93, a vedação da indicação de marca ou modelo não tem o caráter absoluto (BRASIL, 1993).

O inciso II do artigo 7º, do referido artigo, determina que poderão ser exigidas amostras dos bens, o que não supre a necessidade de a Administração conferir, no ato do recebimento deste, que pode ser em grande quantidade, que o que está recebendo corresponde exatamente, nas suas características, à amostra que lhe tenha sido apresentada.

Como todo ato Administrativo, este também terá que ser precedido de justificativa. No inciso III do artigo 7º, “quanto à possibilidade de solicitação da certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, também poderá haver polêmica” (BRASIL, 2011).

Os certificados que se referem o referido artigo prestam-se a comprovar a excelência do produto ou do processo de fabricação, que podem ser desnecessários em razão mesmo da necessidade menos sofisticada da Administração Pública que podem ser atendidas com bens de boa qualidade, que podem ser adquiridos por preços sensivelmente mais baixos dos que são cobrados por produtos de excelente qualidade, objeto das certificações, mas em rigor desnecessária.

Desse modo, as certificações em questão só podem ser solicitadas em casos excepcionais justificados e não para efeito da habilitação dos licitantes, mas apenas para efeito de estabelecimento da ordem de classificação das propostas, e quando o critério de julgamento for o de técnica, preço ou melhor técnica.

Por sua vez, o último inciso do artigo 7º, determina que a Administração Pública também possa, em licitação para aquisição de bens, “solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor” (BRASIL, 2011).

Esse dispositivo demonstra a preocupação da Administração Pública com os inadimplementos que ocorrem com certa frequência, por culpa dos contratados no curso da licitação.

Mas fica uma dúvida, como exigir do fabricante do bem, que não participa da licitação, que assegure a execução de um contrato, como se contratado tivesse sido, na hipótese de não cumprimento das obrigações pelo contratado? “Se o fabricante não participou do certame, não terá demonstrado habilitação nem oferecido

proposta, como estão obrigados os que almejam ser contratados pela Administração Pública” (ROSA, 2014).

De acordo com Rosa (2014), “admitir que quem não participou da licitação possa vir a executar contrato com outrem firmado,” isso aparenta ofensa a direitos das demais licitantes por ordem de classificação das propostas.

3.1.3 Remuneração variável à luz do RDC

Segundo Schwind (2012, p.169), além de acelerar para realizar licitações, “um dos objetivos centrais do RDC consiste na ampliação da eficiência nas contratações, de modo que elas propiciem maiores vantagens à Administração Pública.”

Nesse contexto, foram previstos dois mecanismos para remuneração do contratado, são eles:

remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e, os contratos de eficiência em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada para a Administração Pública (ROSA, 2014).

Em linhas gerais, 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 predeterminado acerca do qual não se tem certeza sobre sua concorrência.

Adota-se uma sistemática de contratos de risco, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gere benefícios ao contratante (SCHWIND, 2011).

O artigo 11 da Lei nº 12.462/2011 estabelece as hipóteses em que o parcelamento de serviços é cabível. Em primeiro lugar, tal dispositivo dispõe que o parcelamento será aplicado apenas em relação a serviços, excluídos os serviços de engenharia (artigo 1, §2º). Ou seja, o artigo 11 parece excluir da sua hipótese de incidência as compras.

Além disso, prescreve a Lei do Regime diferenciado de Contratações que o parcelamento dos serviços ocorrerá quando: “o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea; e a múltipla execução for conveniente para atender à Administração Pública” (OLIVEIRA, 2012).

Em suma, para que o parcelamento dos serviços seja válido, o objeto deverá ser divisível e tal medida deverá se mostrar mais vantajosa para a Administração Pública, o que deverá ser devidamente justificado, portanto, percebe-se, que o artigo 11 da Lei nº 12.462 do RDC, não representa uma inovação ao regime geral das licitações e contratos. Basicamente, o parcelamento de serviços nada mais é do que uma licitação por itens, tendo os mesmos pressupostos de aplicação. Assim será cabível quando o objeto for divisível e quando isso se mostrar vantajoso para a Administração Pública (BRASIL, 2011).

3.2 Regime Diferenciado de Contratações *versus* Lei 8666/1993

Percebe-se que a Administração Pública tem por base a busca pelo bem coletivo, procurando administrar a coisa pública da melhor maneira possível, como meio de atingir o interesse da sociedade e o bem-estar de todos. Assim, uma das formas de atingir a finalidade da Administração é a: “observância dos princípios que regem as atividades da Administração quando do ato de contratar com o setor privado, seja para comprar produtos ou para prestar serviços” (SANTOS e LIMA, 2014).

Observando os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a licitação torna-se uma maneira de obtenção da melhor contratação, atingindo, assim, os interesses coletivos (SANTOS e LIMA, 2014).

Para a realização de licitação, faz-se uso da Lei 8666/1993, como já descrita anteriormente nesse estudo, no entanto, essa Lei traz algumas deficiências que nem sempre podem ser corrigidas, por isso o Poder Público deve-se valer também de leis mais modernas. Comenta Lunelli (2013):

como se aprimoraram as interpretações da Lei nº 8.666/93, também ficaram em evidência as suas deficiências. Várias delas foram corrigidas com

alterações à própria lei e outras com edição de regulamentos pelo Poder Executivo. Mas nem todas as inadequações procedimentais são passíveis de correção com esses “tampões”. É por isso que o Poder Público às vezes precisa se valer de leis realmente inovadoras para a modernização de procedimentos, sob pena de comprometer a eficiência e, com isso, até mesmo o crescimento do país.

Quando se refere a leis modernas, alguns doutrinadores comentam que o Regime Diferenciado de Contratações é um instrumento público importante:

O governo apoia a atualização porque reconhece as dificuldades trazidas pela legislação atual. Tanto que, para acelerar as obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas, conseguiu que o Congresso aprovasse um projeto que flexibiliza algumas regras – mas só nos empreendimentos ligados a esses torneios esportivos. É o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) (SANTOS e LIMA, 2014).

Conforme Marinela (2013):

O RDC pretende o encurtamento dos prazos, a simplificação do procedimento e o cumprimento de metas público-privadas. A Lei estabelece expressamente como objetivos a ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, acrescentando que deverá promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica, determinando, por fim, que o novo regime deverá assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Além disso, comparando o RDC com a Lei de Licitações, Marinela (2013) comenta que o RDC inova sobre a Lei 8666/1993 apresentando:

- Nomes e marcas: permite que o edital indique marcas na licitação de bens se houver necessidade de padronização do objeto ou quando determinada marca ou modelo comercializada por meio de um fornecedor, for o único capaz de atender às necessidades da contratante;
- Remuneração variável: na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, a contratada poderá receber uma remuneração variável vinculada a seu desempenho. Esse bônus será definido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital;

- Inversão de fases: o regime prevê que a fase de habilitação (...) ocorra depois do julgamento das propostas e somente seja cobrada do licitante vencedor;
- Parcelamento e contratação simultânea: permite o parcelamento do objeto a licitar, inclusive em serviços de engenharia; assim como a contratação de mais de uma empresa para executar o mesmo serviço (exceto de engenharia);
- Fase única de recursos: o regime estipula uma fase única de recursos após a habilitação do vencedor. A intenção de apresentá-lo deve ser manifestada imediatamente, mas o prazo continua a ser o atual, de 5 dias úteis. (...)
- Pré-qualificação: é criada a pré-qualificação permanente e um regulamento estabelecerá as condições em que a administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados;
- Proposta vencedora: no caso de o vencedor da licitação não querer assinar o contrato e os demais classificados não aceitarem assiná-lo nas condições ofertadas pelo vencedor, a administração poderá usar os preços dos outros classificados desde que não sejam superiores ao orçamento estimado para a contratação (SANTOS e LIMA, 2014).

Diante dos aspectos da RDC sobre a Lei 8666/1993, nota-se que alterações significativas foram realizadas e foram dispostas do contratante nos limites da RDC. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apresentou uma decisão favorável sobre o RDC:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO, SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIFERENCIADA – RDC. CONSTRUÇÃO DO BRT DE NITEROI. OBRA NO ÂMBITO DO PROGRAMA PAC2, EIXO MOBILIDADE MÉDIAS CIDADES. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O EDITAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO DA LIMINAR PARA OBSTAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DECISÃO CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE INTEGRALMENTE SE MANTÉM. 1. A Lei 12.462/2011, de caráter especial, que institui o regime diferenciado de contratações públicas, foi concebida para que a Administração Pública possa se instrumentalizar através de formas mais céleres, econômicas e eficientes de contratação de serviços públicos. 2. A criação de um diploma destinado especificamente a atender obras infraestruturais de grandioso vulto, por conseguinte, representam a consolidação de uma política

nacional, haja vista, por exemplo, as obras dos aeroportos para os eventos da Copa do Mundo e das Olimpíadas, e obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, além das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 2. A legislação em comento, nessa toada, afasta as disposições da Lei 8.666/93, exceto em casos específicos nela também expressos. 3. Afigura-se plenamente aceitável e recomendável que uma obra de proporções como a da construção do BRT de Niterói seja efetuada por empresa reconhecida no mercado de engenharia como detentora de reconhecido know-how, ou seja, conhecimento aprofundado de um determinado tipo de construção, o que não significa dizer que houve direcionamento ou facilitação para a mesma. 4. as agravantes insurgem-se contra as características técnicas do objeto licitado, incluídas no Edital do certame, não havendo ilegalidade nas previsões relacionadas à limitação a duas empresas para a execução do serviço em conjunto; previsão do caráter sigiloso do orçamento do projeto; adoção de critérios de avaliação da proposta técnica, com base na experiência, dentre outras, pois não se afiguram aptas a frustrar a competitividade do certame. (TJ-RJ - Inteiro Teor. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000).

Os posicionamentos até o momento descritos sobre a RDC com relação à Lei de licitações foram favoráveis, no entanto, é importante também mencionar os juristas e doutrinadores que discordam do RDC em comparação com a Lei 8666/1993.

A doutrina se empenha em designá-lo como sendo o regime apropriado para a Administração utilizar na atualidade, que supera as deficiências da Lei de Licitações, e, ainda, permite o cumprimento das metas estabelecidas para a realização dos eventos esportivos dos quais trata (SANTOS e LIMA, 2014).

Além disso, tem o fato da constitucionalidade da RDC, que foi contestada pelas ADI's 4645 e 4655 apresentadas ao Supremo Tribunal Federal. Basicamente, essas ADI's buscam discutir sobre as ideias levantadas no RDC:

ideias levantadas no RDC: (i) a delegação ao Executivo acerca da escolha do regime jurídico aplicável; (ii) a presunção de sigilo do orçamento das contratações previstas no RDC; (iii) a contratação integrada; (iv) a remuneração variável aos contratos de desempenho; (v) a dispensa de publicação dos atos praticados no processo licitatório em questão; (vi) o instrumento auxiliar da pré-qualificação permanente (SANTOS, 2012, p. 40).

A jurisprudência também trata sobre esse regime, como a descrita pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TJDF REJEITADA - LEI DISTRITAL 5.254 DE 23.12.2013 - DISPÕE SOBRE APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - NOVA HIPÓTESE DE SUBMISSÃO AO RDC - PROJETOS ESTRUTURANTES DO DISTRITO FEDERAL - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - INCOMPATIBILIDADE COM A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL - PRESENÇA DO PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS - LIMINAR CONCEDIDA. I. CABE AO TJDF PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADAS EM FACE DA LEI ORGÂNICA DISTRITAL (ART. 30 DA LEI 9.868 /99 E ART. 8º, INCISO I, ALÍNEA N, DA LEI 11.697 /08). II. PRESENTE O PERICULUM IN MORA PELA IMINENTE LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO, POR MEIO DE CONTRATAÇÕES DERIVADAS DE PROCEDIMENTO QUE AFASTA A LICITAÇÃO PÚBLICA EM HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FEDERAL. III. O FUMUS BONI IURIS APRESENTA-SE NA PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES DA REQUERENTE, EVIDENCIADA PELA AFRONTA À LODF. IV. IMPÕE-SE A SUSPENSÃO DO ART. 1º, INC. V E PARÁGRAFO ÚNICO, E DO ART. 3º DA LEI 5.254/13, COM EFEITOS EX NUNC. V. LIMINAR CONCEDIDA (TJ-DF - Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 20140020015816 DF 0001591-40.2014.8.07.0000 (TJ-DF)).

A jurisprudência do TJDF trata exatamente sobre a inconstitucionalidade nas contratações sem licitação apresentadas pelo Regime Diferenciado de Contratações.

Apesar dos relatos com relação à RDC, o posicionamento jurídico ainda é dividido sobre esse Regime Diferenciado e a Lei de Licitações, pois se acredita ser uma lei que aceleraria o processo licitatório estabelecido pela Lei 866/1993, que é moroso. No entanto, conforme doutrinadores, deixa brechas para a corrupção.

Particularmente, é possível perceber o RDC, como sendo, nos casos em que é permitido lançar mão desse procedimento, robusto suficientemente para delinear a evolução da Licitação brasileira (SANTOS e LIMA, 2014).

CONCLUSÕES

Em geral, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas oferece importantes instrumentos que concorrem para a eficiência e celeridade dos processos licitatórios sob sua aplicação. De igual modo, introduz relevantes inovações no que se refere à contratação e execução dos contratos públicos, com vistas à obtenção da melhor relação custo benefício para a Administração e para os interesses da sociedade.

Assim, a despeito de algumas inconsistências e incompletudes do texto legal – possivelmente creditáveis à urgência pela aplicação do regime excepcional – o RDC deverá cumprir o papel a que propõe no bojo do seu restrito âmbito de incidência. Deverá, portanto, contribuir para viabilizar tempestivamente os projetos necessários à organização dos eventos esportivos programados para o período 2013-2016.

A utilização desses mecanismos no âmbito do RDC será um importante teste para a identificação das suas potencialidades. Casos bem concebidos, os contratos de eficiência e as avenças que contemplam remuneração variável poderão proporcionar economias relevantes aos cofres públicos. Por isso, não faz sentido que o seu âmbito de aplicação seja restrito ao RDC.

Levando em consideração o histórico brasileiro, perguntar-se-ia:

- Será que o país está ou estava preparado para flexibilizar com responsabilidade a Lei 8.666/93 ?
- Com a Lei 12.462/11, não se estaria rasgando o Texto Constitucional, visando regular, frear, estabelecer regras, condutas e, portanto, controlar atos da Administração Pública por causa de “2 eventos esportivos” ?
- Não seria inconstitucional a Lei 12.462/11, uma vez que se verificou existência de incompatibilidade de dispositivos da referida norma em relação aos princípios regentes da Administração Pública (Artigo 37, *caput*, da CRFB)?

- Não se trata também de violação ao que dispõe a Constituição em relação às licitações (Artigo 37, XXI)?

São perguntas que pairam, mas, nosso foco encontra-se além da muralha das soluções definitivas – Almeja-se, justamente, a formação de questionamento por meio de uma discussão fundamentada que reside na instigação do estudo das licitações públicas e o necessário amadurecimento dos pontos obscuros do RDC.

O Regime Diferenciado de Contratação – RDC escancara aos quatro ventos as portas da corrupção, contrariando vedações da Lei 8.666, legalizando permissão para tornar sigilosos os orçamentos das obras (Artigo 6º), usa critérios subjetivos no julgamento das propostas (Artigo 4º), juntar, na mesma licitação, a realização do projeto e da obra (Artigo 9º), obriga a grandes e inúteis despesas dos licitantes com a preparação de propostas e a prévia confecção de projetos, impede a participação de empresas de menor porte (Artigo 10); acresce o valor do contrato, sem qualquer limite (Artigo 39), desrespeita a barreira dos 25% estabelecida na Lei.

A crítica de fundo em verdade parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para a solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. Entende-se que o debate em torno do RDC poderia ter culminado em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral utiliza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão sobre o regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. Disponível em: www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf. Acesso: 19 Fev. 2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados. A pesquisa da Coletânea de Discursos sobre Copa do Mundo e Olimpíadas foi realizada para o período de 1º/01/2011 a 30/08/2011 e classificada em ordem decrescente de data, com base no Banco de Dados do Departamento de Taquigrafia. 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursosenotastaquigraficas/discursosemdestaque/arquivoscopa2014eolimpiada2016/discursospdfcopaeolimpiada/coltanea-copa-do-mundo-e-olimpiadas>. Acesso em: 15 Fev. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 15 out. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.462 de 5 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. DOU, 05/08/2011, edição extra; ret. 10/08/2011.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU 22/06/1993; REP. 06/07/1994; e ret. 02/07/2003.

BRASIL. CGU. Presidência da República. Relatório de auditoria anual de contas. 2013. Disponível em: <http://sistemas.cgu.gov.br/relats/uploads/RA201405757.pdf>. Acesso em: 16 Fev. 2015.

BRASIL. CGU. Secretária Federal de Controle Interno. Sistema de registro de preços: perguntas e respostas. 2014. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoriaefiscalizacao/arquivos/sistemaregi stroprecos.pdf>. Acesso em: 16 Fev. 2015.

CARVALHO, Luciani Coimbra de. A configuração jurídica das compras governamentais por padronização como concretização do princípio da eficiência. 2012. Disponível em: repositorio.cbc.ufms.br:8080/jspui/bitstream/123456789/1560/1/Luciani%20Carvalho.pdf. Acesso em: 15 Fev. 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LUNELLI, Rômulo Gabriel M. Lei do RDC: a nova lei de licitações. 02/2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes#ixzz2qarqjzW>. Acesso em: 25 Abr. 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7 ed. Niterói: Impetrus, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Contratação simultânea para serviços do PAC e dos megaeventos esportivos. 2012. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=67&artigo=696&l=pt>. Acesso em: 15 Fev. 2015.

PAULA, Rodrigo Nápoles de. Regime Diferenciado De Contratações Públicas (RDC) - Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011: evolução ou retrocesso? 2012. Disponível: repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3053/1/Rodrigo%20N%C3%A1poles%20de%20Paula.pdf. Acesso em: 20 Jan. 2015.

PORTAL GLOBO. Entenda o que diz a Lei Geral da Copa sancionada por Dilma. <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/06/entenda-o-que-diz-lei-geral-da-copa-sancionada-por-dilma.html>>. Acesso em 28 out. 2014.

PORTAL TERRA. Permissão a bebidas agora fica na Lei da Copa, diz relator. Disponível: <esportes.terra.com.br/futebol/copa/2014/noticias/0,,OI5666907-EI18776,00-Permissao+a+bebidas+agora+fica+na+Lei+da+Copa+diz+relator.html>. Acesso 27 set. 2014.

REBOUÇAS, Fernando. Lei Geral da Copa 2014. Disponível em: <www.infoescola.com/esportes/lei-geral-da-copa-2014/>.. Acesso: 10 out 2014.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Os regimes admitidos pela Lei nº 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. Disponível: www.justen.com.br/pdfs/IE58/Diogo_RDC.pdf. Acesso em: 20 Jan. 2015.

ROSA, Nayana Machado Freitas. O regime diferenciado de contratações públicas e suas inovações: avanços e retrocessos. Novembro/2014. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br/artigo,oregimediferenciadodecontratacoes-publicas-e-suas-inovacoes-avancos-e-retrocessos,50725.html. Acesso em: 15 Fev. 2015.

SANTOS, Marcos Leandro dos. LIMA, Zeniclaydson Lafetá Almeida. Dos contrapontos entre a lei 8.666 de 1993 e a lei 12.462 de 2011. 2014. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/dos-contrapontos-entre-a-lei-8-666-de-1993-e-a-lei-12-462-de-2011/119225/>. Acesso em: 25 Abr. 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011). 2011. Disponível em: www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf. Acesso: 17 Fev. 2015.

SOARES, Diessika Rafaely Marques de Freitas. **Do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27919/do-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas>. Acesso em: 21 Jan. 2015.

UFSC. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC. Regime Diferenciado De Contratações – RDC. 2013. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Coletanea-Ref-Cont-Integrada-DPL082014-Versao-Impressa.pdf>. Acesso em: 15 Fev. 2015.