



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Lei 12.462/11 e as novidades no âmbito das Licitações.

Ivie Sampaio Pires

Rio de Janeiro
2016

IVIE SAMPAIO PIRES

Lei 12.462/11 e as novidades no âmbito das Licitações.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores orientadores:
Mônica C. F.Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

LEI 12.462/11 E AS NOVIDADES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES

Ivie Sampaio Pires

Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito – UFRJ. Advogada.

Resumo – A criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por meio da edição da Lei n° 12.462/2011, é um tema, cujo caráter transformador tem sido bastante discutido no âmbito do Direito Administrativo. Dessa forma, este trabalho busca examinar tanto o entendimento do legislador ao afirmar que as modificações trazidas materializam uma nova e necessária orientação nas licitações e contratações públicas, como também o entendimento de parte da doutrina, que afirma que a adoção do novo procedimento viabiliza a ocorrência de irregularidades, já que ao afastar a aplicação das regras dispostas na Lei n° 8.666/1993, permite a mitigação de preceitos fundamentais ao bom funcionamento da Administração Pública. Portanto, é sob essa ótica de vantagens e contraposições que se pretende desenvolver o estudo, observando conceitos e princípios, como o da celeridade e eficiência; os fatores jurídicos determinantes e ainda o contexto político, econômico e social que motivaram a criação do RDC. Outrossim, objetiva estabelecer uma tendência, por meio da consideração dos resultados já obtidos com a sua aplicação.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Licitações. Regime diferenciado de contratação pública. Novidades da Lei 12.462/11.

Sumário – Introdução. 1. Necessidade de implementação do novo regime de licitação. 2. Principais inovações trazidas pelo regime diferenciado de contratações públicas – RDC. 3. Tendência do Direito Administrativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído em nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei n° 12.462/2011. Primeiramente, será analisado o contexto econômico e social vivenciado pelo Brasil no momento da edição da Lei de Licitações, qual seja, Lei n° 8.666/93, para, em seguida, observar a necessidade de implementação de um novo regime de licitações, tendo em vista a grande exposição do país no âmbito internacional, a fim de sediar eventos mundialmente renomados, tais como a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas.

Será denotado que a Administração Pública, prescindindo de capacidade técnica e material para satisfazer essa demanda, em busca de um resultado mais efetivo, verificou a necessidade de contratação de empresas privadas. Ocorre que a Lei Geral de Licitações, anteriormente citada, conhecida por sua burocracia e a formalidade excessivas, somada à

ausência de celeridade no certame, criava um obstáculo à conclusão de obras de infraestrutura e grandes construções no tempo disponível.

Por isso, buscando solucionar tal problemática, foi editada a Lei nº 12.462/2011, que ao tratar do Regime Diferenciado de Contratações Públicas prevê, logo em seu artigo 1º, um rol taxativo de situações em que este regime pode ser aplicado.

As inovações trazidas por esse novo regime são muitas e serão tratadas no segundo capítulo desta obra, de modo a contemplar a inversão de fases; a contratação integrada; o orçamento sigiloso, entre outras, observando suas peculiaridades e desdobramentos práticos. Obviamente que as mudanças trazidas não param por aí, o que se pretendeu com esta breve citação foi evidenciar os pontos mais relevantes.

Trata-se de tema bastante controvertido, pois conforme será demonstrado, parte da doutrina, por vezes, mostra-se irredutível em relação a tais modificações, mesmo com a comprovação do alcance das finalidades perquiridas. Muitas críticas possuem fundamentações bastante interessantes que serão pormenorizadas e devem ser levadas em consideração, até porque por ser um instituto novo, análises profundas e sedimentadas devem ser realizadas e ouvidas.

No terceiro capítulo será examinada a evolução desse instituto no direito administrativo, na tentativa de equilibrar a necessidade de desenvolvimento e adaptação dessas novas grandes demandas com o ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os princípios básicos norteadores das atividades da Administração Pública, bem como estimular o debate jurídico, político, econômico e social.

Por fim, destaca-se que a abordagem deste artigo será qualitativa, isso significa que o pesquisador irá aplicar a bibliografia pertinente à matéria para fundamentar os argumentos trazidos, bem como irá valer-se do conteúdo das leis, trazendo ainda um método comparativo.

1. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO NOVO REGIME DE LICITAÇÃO

A Licitação consiste em uma das atividades complexas exercidas pelo Estado, por meio da Administração Pública. Esse procedimento administrativo é aplicado quando há contratação de terceiros para a realização de determinadas tarefas¹ – em conformidade com o disposto no

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234.

artigo 37, inciso XXI da CRFB/88² – e fundamenta-se, sobretudo, na igualdade, sob o aspecto da impessoalidade, bem como na prevalência do interesse público.

Para Alexandre dos Santos Aragão³, a licitação é um verdadeiro processo, isso porque há uma sucessão de atos com a participação de diversos sujeitos que apresentarão interesses potencialmente contrapostos. Nesse sentido, é possível denotar que por se tratar de dispêndio de dinheiro público, estes contratos, firmados entre entes públicos e particulares, devem respeitar regras e princípios, de modo a assegurar a participação de todos os interessados, para que assim seja eleita a melhor proposta para a Administração.

No que concerne à regulamentação da referida matéria, ressalta-se o artigo 22, inciso XXVII da CRFB/88 que preceitua ter a União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Em observância a esse artigo, bem como ao já mencionado artigo 37, inciso XXI da CRFB/88⁴, editou-se a Lei n. 8.666/93⁵, que estabelece regras e princípios a fim de viabilizar e regulamentar a licitação e os contratos de “obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”⁶.

A referida lei foi editada no início da década de 90, momento no qual a veiculação de notícias a respeito de irregularidades e esquemas de corrupção entre particulares e indivíduos eleitos para representar os interesses dos cidadãos era constante. O poder político e a Administração Pública eram manipulados em prol da obtenção de vantagens ilícitas, sem que houvesse a preservação do interesse público, não se verificando respeito aos ditames do ordenamento jurídico e aos seus princípios basilares.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 288.

⁴ Vide nota 2.

⁵ BRASIL. Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁶ Trecho retirado do artigo 1º, caput da Lei n. 8.666/93, cujo inteiro teor assim estabelece: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Diante disso, o Brasil, atuando em consonância com seu tradicional caráter legalista-analítico, vislumbrou a possibilidade de conceder resposta à sociedade brasileira frente aos escândalos envolvendo dinheiro público por meio da edição de uma lei.

Muitos doutrinadores, dentre eles está Marçal Justen Filho⁷, afirmam que esse foi um fator determinante para a criação de uma lei extensa e extremamente atrelada aos aspectos formais, cujo escopo era inibir e dificultar a ocorrência de irregularidades e a burla ao bom funcionamento das atividades estatais. Além disso, há que se ressaltar a ocorrência de grande *lobby* por parte das empreiteiras, que, aproveitando-se da pouca experiência brasileira em licitações⁸, influenciaram para a criação de uma lei que restringia a atuação administrativa, tornando-se, mais tarde, formalmente obsoleta.

Sendo assim, a discussão acerca da necessidade de introdução de novas normas regulamentadoras do procedimento licitatório e de contratações públicas não é recente. Porém, a crescente exposição do Brasil no contexto internacional ao apresentar-se como anfitrião de eventos diplomáticos; ambientais e, sobretudo esportivos, contribuíram sobremaneira para que tal debate fosse colocado em evidência. Isso porque sediar eventos tais como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, enseja um elevado investimento em infraestrutura, tornando imprescindível a implantação de projetos que incluam a construção, ampliação e reforma de rodovias; aeroportos; portos, de modo a otimizar o sistema de mobilidade urbana das cidades-sede.

Ademais, é importante aproveitar o momento de grande visibilidade para investir no embelezamento das cidades e assim ascender a economia local por meio do turismo. Nesse contexto, percebeu-se que o Estado não dispõe de aparato suficiente para desenvolver todo o planejamento e em seguida concretizá-lo no tempo estabelecido, sendo imperiosa a necessidade de contratação de empresas privadas, que, por meio de processos competitivos, públicos e formais⁹, irão exercer essa atividade.

⁷ Em entrevista concedida ao jornal “Gazeta do Povo”, em novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/um-advogado-cosmopolita-1mf84v6wkuelwmwtslw1x4n66>>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁸ Nota-se que muito embora a Licitação estivesse disposta na CRFB/1988, nos artigos 22, inciso XXVII; 37, inciso VI, e 175, havendo também o Decreto-lei n. 2.300/86 que regulamentava esse tema, sua aplicação ainda era incipiente, não tendo muito experiência os órgãos de controle público e os administradores.

⁹ PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Mauricio Portugal; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime Diferenciado de Contratação. Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

Nessa conjuntura surgiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, também conhecido como RDC, tendo sido criado pela Lei n. 12.462/11¹⁰ e regulamentado pelo Decreto n. 7.581/11¹¹ – com fulcro no artigo 84, inciso IV da CRFB/88¹². Tal instituto possui aplicabilidade limitada e como foi concebido com clara consciência quanto aos excessos e desvios da Lei n° 8.666/93¹³, procurou afastá-los por meio de medidas que permitem um maior experimentalismo na gestão pública.

A respeito do novo regime, Carlos Ari Sundfeld e Mario Schapiro¹⁴ acentuam que nenhuma reforma é indolor e por esse motivo há muitas reações negativas que suscitam argumentos no sentido de que a adoção de um novo modelo, mesmo que não regule todas as hipóteses, seria inconstitucional pelo simples fato de não ser como a Lei Geral em vigor que foi concebida como símbolo da “luta contra a corrupção”.

Dessa forma, denota-se que a edição da Lei n. 12.462/11¹⁵, de fato, era necessária, contudo, é importante analisar os efeitos por ela trazidos, a fim de verificar se estão sendo observados os princípios inerentes à Administração Pública.

2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

Muitas das medidas adotadas pela Lei n° 12.462/2011¹⁶ são decorrentes de experiências bem sucedidas aplicadas a outras modalidades, tais como a lei instituidora do pregão ou a norma que regulamentou as contratações no âmbito das PPPs, porém, não são todas, algumas delas foram trazidas do direito comparado, sendo verdadeiras novidades introduzidas ao nosso ordenamento.

Com o objetivo de viabilizar a compreensão do novo sistema, é importante destacar as principais inovações e assim analisá-las de maneira pormenorizada. A contratação integrada, por

¹⁰ BRASIL. Lei n.12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112462.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹¹ BRASIL. Decreto n 7.851 de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹² Vide nota 2.

¹³ Vide nota 5.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SCHAPIRO, Mario. *Uma Copa para uma nova licitação?*. Disponível em: <<http://fgv.noticias.fgv.br/pt-br/noticia/uma-copa-para-uma-nova-licitacao-artigo-de-carlos-ari-sundfeld-e-mario-schapiro>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁵ Vide nota 10.

¹⁶ Vide nota 10.

exemplo, está prevista no artigo 8º, inciso V da Lei nº 12.462/2011¹⁷ e consiste na possibilidade de combinação de prestações de natureza distintas, já que uma empresa será responsável tanto pela realização da obra pública, como para a prestação de serviços de engenharia, que consiste na elaboração dos projetos básico e executivo, de modo a realizar a obra e entregá-la pronta à administração.

Apesar de ser tratada como um novo regime, há que se ressaltar a grande semelhança com a empreitada integral, disposta no artigo 6º, inciso VIII, alínea *a* da Lei Federal nº 8.666/1993¹⁸, tendo em vista que ambos podem assumir natureza híbrida, não estando restritos apenas às categorias de construção de obra pública, prestação de serviço ou fornecimento de bens. A diferença consiste no fato de a contratação integrada dispensar a existência de projeto básico, questão que tem gerado bastante discussão.

Ao que parece, o principal objetivo do legislador, ao prever a possibilidade de aplicação da contratação integrada, foi o de acelerar a implantação de infraestruturas atreladas à realização dos megaeventos previstos na Lei nº 12.462/2011¹⁹, a fim de evitar a demora habitual resultante da contratação apartada da confecção do projeto e da execução da obra. Quanto a esse aspecto, deve-se salientar que sua adoção trouxe efeitos positivos, pois, houve uma redução significativa no tempo para a realização do procedimento licitatório.

Os críticos têm entendido, no entanto, que a exigência apenas do anteprojeto não configura um grande ganho de tempo, já que a empresa vencedora da licitação, após a assinatura do contrato, irá despender de um período considerável para a elaboração do projeto básico de engenharia, momento em que deverá aprofundar os estudos acerca do objeto licitado. A respeito desse posicionamento deve-se notar que a prescindibilidade do projeto básico, juntamente com a inversão de fases e a unicidade recursal, obviamente irão refletir de maneira bastante proveitosa na contratação.

Outro mecanismo inovador no âmbito das licitações é a Remuneração Variável, previsto no artigo 10 da Lei nº 12.462/2011²⁰, que ressalta a ênfase concedida à eficiência no novo regime, tendo em vista que se vincula o desempenho da contratada na elaboração de obras e serviços, inclusive de engenharia, para a estipulação de um bônus, que será delineado por meio de

¹⁷ Vide nota 10.

¹⁸ Vide nota 5.

¹⁹ Vide nota 10.

²⁰ Vide nota 10.

metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental, bem como prazos de entrega, definidos já no edital e no contrato.

Não obstante a Lei nº 8.666/1993²¹ ter sido omissa em relação à possibilidade de aplicação da remuneração variável, ela foi amplamente empregada para remunerar serviços de cunho técnico-especializados de instituições financeiras, contratados mediante procedimento licitatório para avaliar e promover a venda de ativos estatais no âmbito dos programas de privatização implementados nas décadas de 1990 e 2000. Sendo assim, de acordo com doutrina mais conservadora ao usar esse mecanismo sem a expressa previsão há violação ao princípio da legalidade. Já para aquela mais progressista as condutas administrativas mesmo que não regulamentadas podem ser consideradas legítimas, desde que compatíveis com a lógica do sistema e tenham como objetivo os preceitos constitucionais.

Afastando-se da égide da Lei Geral e voltando-se para a Lei instituidora do RDC, nota-se que nela há a previsão de manter em sigilo o preço de referência²² estabelecido pela Administração. Acredita-se que agindo assim haverá um maior poder de barganha por parte do poder público. Sobre o pagamento bonificado entende-se que ele é capaz de assegurar melhores padrões de qualidade dos serviços prestados, bem como acelerar o término das obras consideradas fundamentais à realização bem sucedida dos eventos esportivos que serão sediados pelo Brasil. Além disso, ela contribui sobremaneira para equalizar os interesses das partes envolvidas, já que proporciona um estímulo para que a contratada execute o objeto da melhor maneira possível, na medida do interesse da demandante que irá elevar a compensação financeira auferida.

Denota-se também que o fato do acertamento financeiro não depender de formalidade extremamente burocrática (como ocorre com os desvios comportamentais do contratado que pelos efeitos não serem imediatamente suportados, acabam gerando ineficiência dos mecanismos adotados para compelir o cumprimento das obrigações contratuais) contribui para assegurar uma maior efetividade à execução espontânea e tempestiva do objeto contratual.

Um caso em que se verifica a perfeita aplicação da remuneração variável é a contratação integrada, já abordada nesse estudo. Isso porque a ausência de projetos básico e executivo faz com que seja essencial a adoção de indicadores objetivos para certificar-se acerca da correta

²¹ Vide nota 5.

²² Esse preço consiste no valor máximo que a Administração pública está disposta a pagar pela aquisição de bens, prestação de serviços ou realização de obras.

execução do objeto contratual, e esses mesmos indicadores podem ser usados para fins de parâmetro de fixação da remuneração.

Assinala-se que o estabelecimento da remuneração variável deve vincular-se necessariamente ao desempenho do contratado, não sendo suscetível a qualquer fator externo ou interno do contrato que não tenha influência direta no cumprimento das obrigações assumidas. Busca-se, portanto, afastar a subjetividade ao conferir racionalidade ao sistema remuneratório, além de prever a correlação lógica entre o objeto contratual e o comportamento esperado do ente privado pelo poder público, sob pena de tornar sua instituição ilícita, mesmo legalmente autorizada, fundada no desvio de finalidade.

Outra previsão significativa é a Inversão de Fases, que, de maneira sucinta, significa a fase de julgamento das propostas preceder a fase de habilitação. Aplica-se a palavra “inversão” em virtude da comparação ao procedimento licitatório estabelecido pela Lei n° 8.666/1993²³, onde primeiramente exige-se a apresentação de documentos e o cumprimento de certas obrigações legais, configurando a fase de habilitação que compreenderá todos os concorrentes, para em seguida prosseguir ao julgamento das propostas. Esse procedimento já foi adotado pelo pregão – artigo 4º, inciso XII da Lei n° 10.520/2002²⁴ – e pela licitação de PPPs – artigo 13 da Lei n° 11.079/2004²⁵. A Petrobras também já dispôs em seu regulamento específico a possibilidade de dispensa dos documentos de habilitação, desde que o licitante possua certificado de registro em seu cadastro.

A Lei n° 12.462/2011²⁶ traz essa previsão em seu artigo 12, consolidando a inversão de fases como uma regra geral, aplicável a todas as suas licitações, podendo ser empregado o procedimento da Lei Geral desde que faça expressa menção no instrumento convocatório, assim como postula o parágrafo único do artigo.

O que se pretende com isso é a simplificação do procedimento licitatório, ao evitar discussões inúteis sobre a habilitação de licitantes cujas propostas não seriam bem sucedidas, a fim de que lhe seja conferido maior celeridade, na medida em que o Poder Público apenas analisará a qualificação e regularidade do licitante que ofereceu a melhor proposta, não tendo que

²³ Vide nota 5.

²⁴ BRASIL. Lei n 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁵ BRASIL. Lei n 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁶ Vide nota 10.

se importar com a verificação da documentação trazida por todos os concorrentes. Essa redução da quantidade de documentos a serem analisados torna a licitação muito mais ágil e fornece grande economia o ente público.

A partir da análise realizada percebe-se a importância da Lei nº 12.462/11²⁷ ao introduzir em nosso ordenamento o Regime Diferenciado de Contratações, pois permite a realização de um procedimento licitatório mais célere e, por consequência, menos burocrático. A máquina estatal, antes engessada pelas formalidades legais, encontra maior liberdade para contratar serviços e obras públicas, contudo, isso não significa liberalidade, pois devem ser observados os princípios constitucionais, previsto no artigo 37, caput da CRFB/88²⁸.

3. TENDÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Após uma análise detida das inovações e dos termos dos dispositivos da Lei responsável pela instituição do RDC²⁹, nota-se que foram priorizadas medidas que aperfeiçoam e privilegiam a eficiência e a celeridade, de modo a consolidar e garantir grande efetividade às contratações públicas. Muito embora haja uma grande discussão acerca de sua constitucionalidade formal e material³⁰, os resultados obtidos com a sua aplicação vêm corroborando para uma visão otimista sobre sua aplicação.

A respeito da expectativa gerada com a obtenção dos resultados, faz-se necessária a transcrição do seguinte julgado que trata da matéria:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória, contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única,

²⁷ Vide nota 10.

²⁸ Vide nota 2.

²⁹ Vide nota 10.

³⁰ Sobre esse assunto, destaca-se a interposição de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ambas de relatoria do Ministro Luiz Fux e ainda pendente de julgamento. Uma delas, interposta pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, originou a ADI nº 4.645, que questionou o aspecto formal da constitucionalidade da lei, asseverando que houve abuso no “poder de emendar” por parte do relator da MP nº 527/2011, o deputado José Guimarães (PT-CE), insurgindo-se também a respeito da ausência de relevância e urgência para a edição da referida Medida Provisória. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4654/BA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4654&classe=ADI&codigoClasse=0&rigem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 set. 2016.

Sendo a outra de autoria da Procuradoria Geral da República que alega inconstitucionalidade formal da Lei, bem como material de diversos dispositivos, suscitando conferir excessiva discricionariedade à Administração Pública, questionando ainda os mecanismos de contratação integrada e o orçamento oculto por meio da ADI nº 4.655.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4655. Ministro Luis Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1496027>>. Acesso em: 06 set. 2016.

disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade (...). Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida.³¹

Marçal Justen Filho³² assevera que a implantação do novo regime pode ser entendida como uma fase de experimentação, que dependendo dos resultados obtidos, pode gerar uma aplicação mais abrangente, conforme já vem sendo verificado com as constantes alterações no rol taxativo do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011³³, à medida que a edição de leis modificadoras vão surgindo para ampliar as hipóteses arroladas inicialmente.

Com esse mesmo entendimento é importante destacar as considerações feitas por Benjamin Zymler e Laureano Canabarro de Dios³⁴ que visualizam o novo regime como um “balão de ensaio” que pode proporcionar uma revisão ampla da metodologia de contratações públicas. Eles apontam que a Lei nº 10.520/2002³⁵, instituidora do pregão, significou um verdadeiro marco no sentido de modernizar os procedimentos de licitação. No entanto, a aplicabilidade restrita à aquisição de bens e serviços comuns acabou limitando o desenvolvimento e até a capacidade de exposição da eficiência dos mecanismos adotados. Nesse contexto, a elaboração de um regime licitatório diferenciado para as contratações necessárias à realização dos Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo, atende, de certo modo, os anseios de simplificação e modernização das normas de licitações.

Porém, os juristas mais conservadores acentuam que o argumento de que a Lei nº 8.666/1993³⁶ é “engessada”, por não conseguir evitar fraudes e por encarecer os bens e serviços contratados pela Administração Pública em virtude da extrema formalidade, é usado com o propósito de editar uma legislação mais permissiva aos abusos de poder, sob o pretexto de uma equivocada ideia de celeridade e eficiência. Afirma-se ainda que são cada vez mais nítidas as

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2013. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0306_06_13_P.doc>. Acesso em: 06 set. 2016.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.

³³ Vide nota 10.

³⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.20-25.

³⁵ Vide nota 24.

³⁶ Vide nota 5.

medidas no sentido de restringir o direito dos licitantes, de modo a intimidá-los quando pretendem questionar os editais publicados. Critica-se ainda a adoção da inversão de fases, enxergando com enorme reserva a aplicação desses mecanismos inovadores.

No que concerne à crítica feita à restrição de direitos dos licitantes, é possível salientar que a Lei Geral de Licitações³⁷ foi elaborada sob elevada influência das grandes empresas interessadas na participação do procedimento licitatório, caracterizando um verdadeiro *lobby*, conforme já analisado no capítulo 1 deste trabalho. Nesse sentido, não se trata apenas de busca de celeridade e eficiência, mas sim da edição de uma lei que não dê margem à adoção de práticas contrárias ao interesse público ou que sequer estabeleça algum privilégio ou benefício que vá violar a isonomia na concorrência.

Percebe-se que o momento político, social e econômico juntamente com a pouca experiência prática em matéria de licitações e contratações pública contribuiu para a elaboração de uma legislação insatisfatória em alguns pontos. Por isso, afirma-se que uma vez observadas as falhas e estudadas possíveis soluções, deve-se buscar implementá-las, já que o sucesso prescinde de mudanças.

Dessa forma, denota-se que a questão não se esgota no campo jurídico e político, visto que já houve a manifestação quanto à insatisfação de algumas lideranças setoriais, entre elas está a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (Apeop)³⁸, que divulgou um informe em que são apontadas as implicações suscetíveis ao seu setor, de modo a criticar a inversão de fases, defendendo a adoção desse modelo apenas para obras e serviços de maior vulto; bem como o orçamento oculto.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o tema abordado em conjunto com as inovações implementadas e as divergências suscitadas, depreende-se que, de uma maneira geral, as modificações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC refletem-se positivamente no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que respeitam seus princípios e normas fundamentais, buscando sempre privilegiar o interesse da Administração Pública em detrimento

³⁷ Vide nota 5.

³⁸ Informe divulgado pela Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas. Disponível em: <<http://piniweb.pini.com.br/construcao/legislacao/setor-se-mobiliza-contraflexibilizacaonaleidelicitacoespara18942-1.aspx>>. Acesso em: 06 set. 2016.

de benefícios e privilégios individualizados, sendo possível vislumbrar o alcance das metas delineadas por meio da observação dos resultados práticos obtidos.

Nota-se que a grande modificação introduzida pela lei instituidora do RDC foi a possibilidade de aplicar essas medidas às obras públicas e prestações de serviços tradicionais, não estando mais limitadas a determinados tipos de licitação ou contrato. Percebe-se, portanto, que o legislador não editou um texto normativo sem qualquer fundamentação e experiência prática, uma vez que esses instrumentos vinham sendo empregados no âmbito das contratações públicas. Observa-se também que esses mecanismos encontram-se previstos em leis esparsas, em virtude da grande dificuldade de introduzi-los na Lei Federal nº 8.666/1993, impedimento de caráter claramente político.

Destaca-se ainda a possibilidade expressa de negociação com os licitantes, visando não somente à redução do preço, mas também a obtenção de outros tipos de vantagens para a Administração Pública. Mecanismos como esses apenas ratificam a preferência que se pretende conceder aos princípios da eficiência e da competitividade. Isso porque, atualmente, o Estado pretende desvincular-se da reputação burocrática e formalista que possui, já que a morosidade gerada, muitas vezes inviabiliza o desenvolvimento econômico, uma vez que não atrai investimentos privados por não conferir garantia acerca da eficiência da prestação do serviço ou da obra.

A respeito das críticas, uma, em especial, tem bastante relevância e deve atuar como um estímulo para a edição de leis que regulamentem tal situação, pois a Lei nº 12.462/2011 não evoluiu quanto à questão do equilíbrio econômico-financeira e da alocação de riscos, tendo inclusive restringido as possibilidades de alocação de risco do contrato àquelas situações que se enquadrassem ao disposto em lei.

Dessa maneira, deixou-se de regulamentar uma matéria que se relaciona à disciplina financeira e econômica do projeto ao conferir restrições jurídicas, inviabilizando a ocorrência de acordos e tratativas para a conquista de uma proposta mais favorável à Administração, podendo afirmar que a partir da interpretação literal do dispositivo legal, há pouquíssima margem para o exercício típico contratual de alocação de riscos. Sob essa perspectiva, ao contrário do que vem sendo propagado na doutrina, o RDC consistiria em um retrocesso em relação ao que já dispõe a Lei de PPP e até mesmo quando comparado com a Lei nº 8.666/1993 que mesmo com as

diversas formalidades tratadas neste estudo, já atribuía ao contrato a possibilidade de delinear a alocação de riscos.

Sendo assim, deve-se considerar que tudo aquilo que é novo será passível de críticas e questionamentos e isso não significa incapacidade ou insatisfação em relação às inovações, mas tão somente indica o comprometimento em alcançar objetivos que sejam verificados na prática. O que se pretende elucidar é que a análise negativa não deve ensejar o retrocesso, ao contrário disso, ela deve motivar a busca por soluções e respostas às indagações elaboradas. Ao aplicar esse ensinamento à implementação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas é possível concebê-lo como um verdadeiro marco no Direito Administrativo, pois mesmo com as críticas doutrinárias e insatisfações dos mais diversos setores, a demonstração de resultados positivos vem superando as expectativas dos seus defensores, que se surpreendem com as mudanças ocasionadas em tão pouco tempo de sua implementação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. BRASIL. Lei n 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Lei n 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Lei n.12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112462.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4655. Ministro Luis Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1496027>>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4654/BA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=46>>

54&classe=ADI&codigoClasse=0&rigem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2013. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0306_06_13_P.doc>. Acesso em: 06 set. 2016;

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. *Regime diferenciado de contratações públicas - RDC: aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

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

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime diferenciado de contratação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Mauricio Portugal; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.