

## Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência

Fernanda Karlla Rodrigues Celestino<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar algumas das inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratação, implementado em nosso ordenamento por meio da Lei nº 12.462/11, resultante da conversão da Medida Provisória nº 527/2011. Ao longo do texto, serão traçadas comparações entre referido regime e o preceituado pela Lei nº 8.666/93, principal diploma legal sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Pública. Não há o intuito de avaliar a eficiência da aplicabilidade da nova lei, o que demandaria a conclusão das obras em andamento. Considerando que o novo regime de contratação, de exceção, torna-se cada vez mais regra e tendência para as futuras contratações da Administração Pública, busca-se expor os posicionamentos favoráveis e contrários às suas práticas, demonstrar sua expansão, bem como tratar dos pontos polêmicos da Lei que o instituiu, que tornam sua constitucionalidade objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4.645 e da ADI 4.655, que até a presente data se encontram pendentes de julgamento.

**Palavras-chave:** Inovações; Regime Diferenciado Contratações; Administração Pública; Constitucionalidade.

---

<sup>1</sup> Analista Judiciário em Execução de Mandados no TJ – CE, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

## Introdução

A Lei nº 8.666/93, que pelo seu excesso de formalismo, traz morosidade e custos às contratações públicas, para alguns críticos, não satisfaz aos anseios de eficiência do Estado gerencial. Por esse motivo, o legislador vem, ao longo dos anos, esforçando-se para inovar no campo das licitações e contratos, com a instituição, por exemplo, do Sistema de Registro de Preços, através do Decreto nº 3.931/01 e posteriormente da Lei nº 10.520/02, que instituiu o pregão eletrônico, dentre outros.

No intuito de tornar mais rápida a execução de obras para Copa do Mundo e para as Olimpíadas, foi criado, através da Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratação Pública, regulamentado pelo Decreto nº 7.581/11.

Conforme o art. 1º da referida lei, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas aplicar-se-ia exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; da Copa das Confederações, da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 – e da Copa do Mundo – Fifa 2014 –, e às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais indicados acima. Contudo suas condições acabaram se estendendo às obras do Programa de Aceleração do Crescimento, por meio da Medida Provisória nº 559/12, e hoje também se aplicam a licitações na área da educação, (MP nº 570/12) e da saúde (MP nº 580/12).

O que seria um regime de exceção passa cada vez mais a tornar-se a preferência dos gestores públicos. Contudo o RDC foi aprovado por meio de medida provisória, cuja constitucionalidade, conforme será observado, ainda é objeto de discussão perante o Supremo.

Em que consiste esse novo regime de contratação? Em que aspectos difere da Lei nº 8.666/93? Porque sua aplicação, para alguns, vem resolver o problema de inadequação da lei geral, ao mesmo tempo em que, para outros, tem sido objeto de duras críticas e de Ações Diretas de Inconstitucionalidade?

Longe de exaurir o tema, o presente artigo tem a pretensão de apresentar

aspectos do RDC e algumas críticas que lhe são lançadas, deixando ao leitor margem de reflexão a respeito, sem deixar de apresentar o que se entende por tendência para as próximas contratações.

## **1. Características do RDC**

O regime diferenciado de contratações públicas, ou simplesmente RDC, foi instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, sob a alegação de necessidade de desburocratização de determinados processos licitatórios, tendo em vista a proximidade dos eventos já mencionados e a ausência de uma reforma tempestiva na Lei nº 8.666/93.

Ao fixar as condições e procedimentos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito do RDC, a lei que o instituiu, em seu art. 1º, § 2º, determina que a adoção do regime resulta no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993.

Além de contemplar os princípios da licitação em geral, regulada pela Lei nº 8.666/93, como a isonomia na competição entre os licitantes, o RDC busca proposta mais vantajosa para a Administração, impondo expressamente, através do seu artigo 3º, a observância dos princípios da eficiência, da economicidade e do desenvolvimento sustentável como norteadores das licitações e contratos.

Referido regime trouxe em seu bojo uma série de inovações a fim de dar efetividade às celebrações contratuais, dentre elas estão: caráter sigiloso do orçamento, inversão de fases, regime de contratação integrada, remuneração variável, regulamentação do Registro de Preços, pré-qualificação permanente, critério do maior retorno econômico, escolha de proposta, prazo recursal único, dentre outras.

Além das alterações acima indicadas, que serão tratadas de forma mais detalhada ao longo dos próximos itens, o art. 7º, I, da Lei nº 12.462/11 prevê que, para os casos de licitação para aquisição de bens, a Administração Pública poderá indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, em três situações: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor

compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.

A lei em comento destoa da 8.666/93, em que se proíbe a restrição da licitação a uma marca específica. Quanto ao tema, o consultor legislativo do Senado Federal, Renato Monteiro Rezende (2011, p. 24) ressalta:

A Lei nº 8.666, de 1993, autoriza, em seu art. 7º, § 5º, a indicação de marca, quando tecnicamente justificável, nas licitações para contratação de obras ou serviços. Em seu art. 15, § 7º, I, veda a indicação de marca nos certames de compras. E, em seu art. 15, I, estabelece que as compras, sempre que possível, atenderão ao princípio da padronização.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) têm admitido, por interpretação dos citados dispositivos da Lei Geral, a indicação de marca em editais de licitação, nas situações contempladas na Lei nº 12.462, de 2011. Assim, pode-se entender que seu art. 7º constituiria, nesse ponto, apenas um detalhamento das previsões genéricas da Lei Geral sobre a matéria.

O novo regime prevê possibilidade de se adotar o modo de disputa aberto nas licitações (art.16), ao contrário do que ocorre na Lei 8.666/93, bem como a disputa por meio de lances (art.17) e, nesse aspecto, propicia evidente redução de custos para a Administração Pública. Ainda seguindo os moldes da Lei nº 10.520/02, que institui o Pregão, a lei em análise estipula que os modos de disputa, aberto e fechado, poderão ser combinados na forma do regulamento.

O art.13 da Lei 12.462/2011, seguindo a mesma linha do art. 4º, caput, Decreto 5.450/05, que regulamenta o Pregão, determina que a licitação seja feita preferencialmente em meio eletrônico, admitida a presencial, visando tornar o certame mais célere, competitivo e econômico.

De forma inovadora, o art. 24, I, da referida Lei, determina que serão desclassificadas as propostas que “contenham vícios insanáveis”. Sobre o tema

Pereira (2011, *on line*) destaca que:

Passou-se a adotar legislativamente o critério, amplamente acolhido na doutrina e fortemente adotado pela jurisprudência, de que apenas vícios insanáveis invalidam os atos na licitação. Adota-se agora expressamente a orientação de que vícios sanáveis não podem acarretar a invalidação ou a desconsideração de atos praticados na licitação – tal como exemplo, a apresentação de proposta ou documentos de habilitação.

No art.11, prevê-se a possibilidade de contratação de mais de uma empresa para a prestação do mesmo serviço, nos seguintes casos: 1) em que o objeto seja passível de execução de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou 2) em que a múltipla execução seja conveniente para atender à Administração Pública. “O art.71 do Decreto nº 7.581/11 une os dois incisos (cuja redação é idêntica à da Lei) pela conjunção aditiva e, indicando que tais requisitos devem ser verificados simultaneamente” (JUSTEN FILHO, 2011, *on line*).

Ao contrário da Lei Geral, que em seu art. 57, II, limita a 60 meses a duração máxima dos contratos de serviços a serem executados de forma contínua, dispõe o art.43 da nova Lei que os contratos dessa natureza podem ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da Autoridade Pública Olímpica. De acordo com Fernandes (2012, p. 269), “a iniciativa é elogiável na medida em que a vigência contratual será atrelada à utilidade do objeto contratado e não a um mero parâmetro temporal que pode causar transtornos à continuidade dos serviços. Deve-se, contudo, evitar a perenização dos contratos”.

Outra novidade, preceito moralizador, é a vedação expressa no art. 37, proibindo a contratação direta de empresa cujo sócio ou dirigente seja parente ou afim até o 3º grau de qualquer agente público envolvido nas contratações, ou qualquer agente público que ocupe cargos superiores.

Não obstante essas e outras inovações, estatui o art. 39 da referida lei, que se aplicarão as normas da Lei nº 8.666/1993 aos contratos administrativos celebrados com base no RDC, com exceção das regras específicas nela

previstas.

Os contratos celebrados com fundamento no RDC seguem a Lei nº 8.666/93, inclusive quanto às cláusulas exorbitantes, e ainda nas hipóteses de contratação direta (dispensas e inexigibilidade). Em seu art. 45, repetem-se os comandos dos arts. 41 e 109 da Lei Geral, relativos às hipóteses de interposição de impugnações e recursos. Contudo, alguns prazos sofreram alterações, a exemplo da data limite para impugnação do edital, que passou de 2 para 5 dias úteis antes da abertura das propostas, e do prazo para interposição de recurso contra decisão que declare a inidoneidade do contratado, que foi reduzido de 10 para 5 dias úteis.

Quanto ao art. 44 da nova Lei, que trata da anulação e revogação de licitações, este dispõe que as regras do art. 49 da Lei Geral serão aplicáveis às anulações e revogações de certames regidos pela RDC.

A partir de agora, merecem ser trazidos à lume alguns comentários acerca das alterações mais polêmicas da referida lei, que a fazem objeto de crítica pela doutrina e por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo.

### *1.1 Orçamento Sigiloso*

Conforme o art. 6º da Lei 12.462/2011, observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Já nas contratações regidas pela Lei nº 8.666/93, a divulgação do preço de referência é uma informação básica e obrigatória do certame, o que torna a sigilosidade de orçamento um dos pontos mais polêmicos do RDC.

Conforme a nova lei, caso o orçamento não conste do instrumento convocatório, ele possuirá caráter sigiloso, ressalvando-se, contudo, sua disponibilização estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública. O § 3º do art. 6º permite aos órgãos de fiscalização e tribunais de contas acesso a esses dados, que deverão ser mantidos em sigilo, sob pena de responsabilização.

Para os defensores do orçamento sigiloso, a ocultação do preço de referência, além de dificultar a formação de conluíus e cartéis nos procedimentos licitatórios, induziria à redução dos preços.

Quanto ao primeiro benefício sugerido, importante salientar que, se a publicação do valor estimado da contratação no edital pode facilitar a formação de cartéis de empresas e combinação de preços para fraudar a licitação, a alteração para orçamento sigiloso não consiste em solução “milagrosa” para o problema. Ainda resta a possibilidade de que um ou outro licitante tenha acesso a tal informação, bem como não há garantia de que o preço de referência não esteja superfaturado.

Conforme orientação de Rezende (2011, p. 40-41):

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame. Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. [...]

Em um mundo onde não haja corrupção dos agentes públicos, a manutenção do orçamento em sigilo pode funcionar como estratégia de combate à prática acima descrita. Com efeito, desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração, o licitante (mesmo na hipótese de combinação de preços pelo cartel) terá incentivos para reduzir o valor de sua proposta, sob o temor de vê-la desclassificada, o que redundará em margens maiores de desconto para o Poder Público, relativamente ao valor constante do orçamento. [...]

No mundo real, no entanto, essa ideia, concebida para combater o conluio de licitantes, pode resultar ineficaz quando: a) houver corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas; b) os competidores se recusarem a baixar os preços de suas propostas.

O receio de alguns críticos é o de que o sigilo no orçamento leve à contratação por um preço injusto; que o governo fique à mercê da vontade das empreiteiras, tendo em vista a necessidade de realizar obras em curto espaço de tempo. Os defensores da sigilosidade argumentam, pelo contrário, que

o fato de o referido valor se tornar público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação ocasionaria obtenção de maior competitividade e de melhores preços, visto que os participantes da licitação fariam sua oferta sem conhecer o montante de recursos que a Administração tem para gastar.

Peixoto (2011, *on line*) destaca que referido sigilo, além de ser relativo, não é uma novidade no cenário da contratações públicas e gera uma real diminuição dos valores:

O artigo 6º, § 3º, fala em sigilo do “valor estimado da licitação”, ou seja, somente não será informado o valor de que dispõe a Administração para aquele determinado gasto, e não como tem noticiado os veículos de informação de que nenhum valor (até o da proposta dos licitantes) será divulgado.

A Lei 8.666/93 sempre estabeleceu a obrigatoriedade da divulgação desses preços aos licitantes. Já a Lei 10.520, que regula a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, silenciou sobre o assunto, fazendo com que parte dos órgãos públicos licitantes não divulgasse o preço estimado da licitação e outra parte, os divulgasse. Portanto, a matéria em discussão - sigilo do preço estimado - não é tão estranha aos ouvidos da comunidade especializada em licitação. Ao contrário, é muito comum a não disponibilização do preço estimado da licitação (na modalidade pregão), com vistas a não prejudicar o processo de negociação do pregoeiro com o detentor da melhor proposta.

O sigilo tratado no artigo 6º do RDC, portanto, limitar-se-á à fase da veiculação do edital aos interessados em participar do certame, uma vez que os preços propostos e o valor estimado da licitação serão todos divulgados a partir da escolha do melhor classificado.

A autora acrescenta que “nas licitações realizadas na modalidade pregão, o sigilo do preço estimado não parece ter prejudicado o caráter competitivo; a ausência da informação confere maior disputa com preços mais vantajosos ao poder público” (PEIXOTO, 2011, *on line*).

Impende ressaltar que o sigilo do orçamento, por si só, não confere maior disputa e preços mais vantajosos ao Poder Público. A efetiva redução

dos valores se deve em muito ao fato de que no regime diferenciado é facultado o estabelecimento de procedimentos similares aos do pregão, como o da inversão de fases e o da fase de lances, o que incentiva a concorrência entre os licitantes e, conseqüentemente, a obtenção de um melhor negócio.

Quanto ao sigilo em si, o que ocorre é que, de acordo com art. 26 da nova lei, ao final da licitação, autoriza-se a negociação do preço ofertado pelo vencedor, que, na ocasião, ainda não saberá, face à sigilosidade, qual o valor orçado pela Administração. Será a tendência, então, a redução dos preços pelos licitantes que realmente pretendam fechar negócio. Caso contrário, ao oferecer valor acima do estimado, esses licitantes serão afastados da disputa, nos termos do art. 24, III.

Mesmo diante das controvérsias apontadas, esses seriam os dois pilares em que se fundamentam os defensores do sigilo do orçamento: dificultar a formação de conluíus e cartéis e incentivar os licitantes a oferecerem o preço mais baixo. Contudo, referido sigilo ainda tem sua constitucionalidade contestada, na forma apresentada adiante.

### *1.2 Inversão das fases*

Como foi dito anteriormente, a Lei que instituiu o RDC, estabeleceu em seu art.12, como regra para o procedimento licitatório, a inversão das fases, onde serão inicialmente analisadas as propostas, e só após o julgamento, analisados os documentos de habilitação, ao contrário do que dispõe a Lei 8.666/93, de acordo com a qual todos os concorrentes têm a habilitação analisada previamente, para só depois ser escolhida a melhor proposta, o que torna o certame mais burocrático e moroso.

De acordo com seus defensores, referida inversão encurta sensivelmente o prazo do certame. Contudo, ainda o art. 12, em seu parágrafo único, autoriza a Administração Pública a inverter a ordem das fases estipulada para o RDC, desde que mediante ato motivado e previsão expressa no instrumento convocatório. Nessa hipótese, a fase de habilitação antecederá a de julgamento, ou seja, aplicando-se a regra já disposta na Lei nº 8.666/93.

Para alguns, a inversão de fases no RDC, muito embora torne o certame

mais célere, deverá ser aplicada com cautela, porque induz a Administração Pública a relevar eventuais falhas nos documentos de habilitação do licitante vencedor, podendo levar à adjudicação do objeto a empresas sem condições de executá-lo adequadamente (AIDAR, 2012, *on line*).

Tal receio tem fundamento, uma vez que, se na aplicação da Lei nº 8.666/93 a empresa comprovará sua capacidade técnica para a obra antes de apresentar a proposta financeira, no RDC o Governo julgará os preços antes mesmo de verificar se a empresa vencedora tem capacidade técnica para executar a obra.

Quanto à implementação da inversão de fases, Rezende (2011, p. 28) aponta como esse mecanismo pode dificultar fraudes e conluíus:

Mesmo na hipótese de parte dos licitantes atuar em conluio, a inversão de fases apresenta vantagens, pois, em licitações sem inversão de fases, ainda que os integrantes do cartel não interponham recursos contra a habilitação uns dos outros, fazem-no em relação aos concorrentes que não participam do conluio, para não correrem o risco de ver sua estratégia falhar, no julgamento das propostas. Ademais, como o intuito do cartel é forçar a celebração de contratos com menos vantagens para a Administração ou mesmo com valores acima dos de mercado, o cotejo das propostas de preço de todos os licitantes, que caracteriza as licitações com inversão de fases, possibilita desvelar esse tipo de prática cartelística.

Assim, esse instituto, que já tem previsão no ordenamento, apresenta-se como forma mais eficaz e célere que o modelo previsto na Lei Geral e coaduna-se com os objetivos perseguidos pelo RDC.

### 1.3 Contratação Integrada

Outro aspecto que diferencia o RDC da Lei nº 8.666/93 é a possibilidade de utilização do regime de contratação integrada. De inspiração no regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobrás, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, a Lei nº 12.462, de 2011, em seu art. 9º e

incisos, vem estabelecer que, nas licitações de obras e serviços de engenharia, a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto podem ser de responsabilidade de uma mesma empresa.

Conforme o art. 9º, caput, a utilização da contratação integrada fica condicionada a ser técnica e economicamente justificada.

A polêmica do assunto se deve ao fato de que a Lei Geral veda a licitação de um empreendimento sem a elaboração prévia do projeto básico de engenharia, que detalha como será a obra em todas as fases, enquanto o Regime Diferenciado de Contratação permite a licitação de obra sem projeto básico.

Os que defendem a pré-existência de um projeto básico argumentam que sua ausência acarretaria desperdício de dinheiro público, vez que referido projeto permitiria ao governo estimar o custo, calculando um “preço justo” para a execução da obra antes de sua contratação, evitando a formação de cartéis entre as empresas e superfaturamento do preço.

O art. 9º, §2º, I, prevê que, no certame da contratação integrada, embora não haja projeto básico, a Administração deverá disponibilizar no edital respectivo anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço. “Obviamente, se a elaboração do ‘projeto básico’ sempre foi uma ‘pedra no sapato’ da Administração, espera-se que o ‘anteprojeto’ seja mais simples, contudo, sem negligenciar as informações imprescindíveis à caracterização da obra” (PEIXOTO, 2011, *on line*).

Enquanto para alguns a disponibilização de anteprojeto de engenharia tornará o processo mais célere e eficaz, para outros, a contratação integrada gera riscos para a Administração pelo nível de transferência que é feita ao particular, antes mesmo da elaboração de um projeto básico, como ressalta Aidar (2012, *on line*):

a contratação integrada mostra-se extremamente gravosa ao particular, na medida em que a ele transfere integralmente os riscos

relativos a obras de alta complexidade, contratadas em fase muito preliminar, antes mesmo da elaboração do projeto básico, quando ainda não se tem a exata noção das quantidades e dos problemas que serão enfrentados na execução do empreendimento. A situação mostra-se ainda mais delicada quando se observa que o RDC impõe, salvo em situações especiais, que o custo global das obras e serviços de engenharia seja obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, o que sujeita o particular ao enorme risco de arcar com o prejuízo decorrente da desatualização de tais tabelas frente à realidade do mercado.

Rezende (2011, p. 46) alerta que a situação pode constituir ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia:

Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.

Enquanto se discute a elaboração do próprio projeto executivo anteriormente à abertura do certame, a previsão da Lei do RDC vai na contramão de esforços para assegurar um melhor planejamento das obras públicas, que evite problemas de execução, o encarecimento dos custos para Administração e a celebração de aditivos.

Para outros entendedores, o fato de o contratado ficar responsável pela elaboração do projeto básico eliminaria o risco de sobrecusto para a Administração decorrente de falhas no projeto. Sendo vedado o aditivo por erro de projeto, uma vez que aditivos contratuais só são permitidos nas hipóteses

descritas no art. 9º, § 4º e incisos: (i) para o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos, em caso fortuito ou força maior; (ii) ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Jurksaitis (2012, *on line*), adotando posição favorável, destaca que referida transferência não é novidade:

Mas algo muito semelhante acontece quando se licita uma concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse caso, o edital também não contém um projeto básico da futura obra. E o motivo é simples. Ao invés de jogar para o licitante o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, a administração transfere a ele todos os riscos do projeto e de realização da obra. Assim, tanto a contratação integrada como as concessões atribuem ao particular os riscos inerentes à plena execução do que foi contratado. Por essa razão, a contratação integrada tentou ser mais restritiva em relação aos aditivos contratuais (art. 9º, § 4º).

Ao transferir a elaboração do projeto básico para o particular, abre-se a possibilidade de soluções diferentes para a execução da obra, que podem ser mais econômicas e eficientes. O julgamento, nesses casos de contratação integrada, deverá obrigatoriamente ser por técnica e preço (art. 9º, § 2º, III), adotando-se critérios objetivos previstos pelo edital.

As palavras de Justen Filho (2010, p. 134) demonstram a importância do projeto básico:

O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução. Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras; que todas as soluções possíveis foram cogitadas, selecionando-se a mais conveniente; que os

prazos para a execução foram calculados; que os reflexos sobre o meio-ambiente foram sopesados, etc.

A jurisprudência do TCU, quanto ao projeto básico, destaca a imprescindibilidade de sua existência, relacionando-o à questão da economicidade dos contratos:

A elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele que possua elementos descritivos e que expressem a composição de todos os custos unitários, é imprescindível para a realização de qualquer obra pública, resguardando a Administração Pública de sobrepreços e manipulação indevida do contrato original. Acórdão nº 2737/2009-TCU-Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 18 de novembro de 2009. Diário Oficial de União, 20 de nov. de 2009.

[...] a necessidade de prévia elaboração de projeto básico nas licitações de obras públicas, a fim de garantir a lisura do procedimento licitatório e que a proposta apresentada seja factível, evitando reajustes contratuais indevidos ou superiores aos limites previstos na Lei nº 8.666/93, alterações em quantitativos de itens contratados e modificações nas soluções técnicas que, além de dificultar sobremaneira o exercício do controle, aumentam as necessidades de recursos financeiros para a conclusão dos empreendimentos, ao ponto de, em alguns casos retardar, em muito sua conclusão, gerando as chamadas obras inacabadas, indiscutivelmente nocivas à sociedade. Acórdão nº 339/2000-TCU-Plenário. Relator: Humberto Guimarães Souto. Brasília, 26 de abril de 2000. Diário Oficial de União, 10 de maio de 2000.

No Acórdão de nº 2873/08, do Plenário do Tribunal de Contas da União, o Ministro Relator Augusto Sherman destaca o quanto a baixa qualidade do projeto básico pode comprometer os propósitos de uma licitação, uma vez que “projeto básico excessivamente impreciso amplifica o potencial risco acerca das regras de medição do contrato, de modo que contrariam as boas regras da Administração Pública”.

Para Fernandes (2012, p. 245), a elaboração e execução do projeto pela mesma pessoa foi permitido pelo RDC devido a uma grave carência na elaboração do projeto básico, não sendo possível ao servidor público dominar conhecimento suficiente para produzir projeto básico com nível de detalhamento que vem exigindo a lei e os órgão de controle, deficiência que acaba acarretando, na ação de controle, o dever da Administração de aceitar alterações de preços em contratos e inclusão de novos itens em planilhas, tornando-a refém das exigências das empresas contratadas.

Em que pese os posicionamentos favoráveis à contratação integrada, esse constitui um dos aspectos do RDC, que tem sua constitucionalidade bastante questionada.

#### *1.4 Remuneração Variável*

O artigo 10, caput, da Lei nº 12.462/2011 traz como flexibilização à Lei nº 8.666/93 a previsão de uma remuneração variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, permitindo que a empresa contratada receba um “bônus” de acordo com seu desempenho, que será aferido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Referida remuneração, além de ser motivada, deverá respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação, conforme previsto no parágrafo único do referido artigo. Peixoto (2011, *on line*) esclarece:

A ‘remuneração variável’ permite que o pagamento possa variar para mais ou para menos, a depender do desempenho da empresa contratada. Se cumprir o contrato dentro do prazo, receberá o valor pactuado; se antecipar a entrega da obra, receberá antecipadamente o valor, podendo, ainda, fixar-se um bônus pela eficiência; e se houver atraso, além da redução proporcional do valor, poderá a contratada sofrer as sanções legais. Obviamente, qualquer condição de remuneração variável deverá constar detalhada e objetivamente no edital da licitação.

Contudo, o fato de não haver uma previsão exata dos gastos antes da

contratação, sendo a remuneração variável, vinculada ao desempenho da contratada, causa uma preocupação quanto à subjetividade dos processos licitatórios e a possibilidade de desvios. Rezende (2011, p.26) destaca que:

A Lei não descreve suficientemente bem como seria essa sistemática de remuneração variável, remetendo sua disciplina ao edital e ao contrato. Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da Lei Maior).

Teoricamente, poder-se-ia cogitar de remuneração variável em casos de redução do valor da contraprestação estatal por cumprimento insatisfatório do contrato ou abaixo de um nível considerado ótimo. Os critérios de aplicação de tal regra deveriam ser objetivamente definidos, para evitar perseguições. Mesmo assim, pode-se questionar a criação de um regime como esse, sob a perspectiva de que ele tornaria a inexecução do objeto um evento normal e sujeito a uma disciplina específica no tocante à remuneração do contratado, quando na verdade a inexecução do contrato, ainda que a parcial, deve ser vista como uma falta, punível na forma da lei.

Ademais, a previsão do limite orçamentário fixado pela Administração como teto para os pagamentos permite interpretações de que a remuneração poderia exceder o valor da proposta vencedora (considerando-se que o valor da proposta vencedora deve ser inferior ao valor orçado), deixando aberta a possibilidade de fraudes.

Do exposto, pode-se deduzir que é temeroso remeter a sistemática de remuneração variável ao instrumento convocatório, uma vez que os mesmos deveriam ser objetivamente definidos em lei, trazendo maior isenção ao processo de contratação. Outro ponto que merece relevo é a mitigação das punições em razão do inadimplemento ou adimplemento intempestivo a pretexto da redução do valor da contraprestação pela Administração, pois vai

de encontro ao princípio do enriquecimento sem causa, principalmente na hipótese de cumprimento contratual abaixo de um nível considerado ótimo.

### 1.5 Procedimentos Auxiliares

A Lei nº 12.462, de 2011, define, em seus arts. 29 a 33, uma série de procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC, são eles: o sistema de registro de preços, a pré-qualificação permanente, o cadastramento e o catálogo eletrônico de padronização.

O sistema de registro de preços, procedimento administrativo já bastante utilizado, originalmente previsto na Lei nº 8.666/93, depende de prévia licitação, na qual serão selecionadas as propostas mais vantajosas, posteriormente registradas e colocadas à disposição da autoridade estatal para futuras e eventuais contratações, desde que obedecido determinado prazo, na medida de sua necessidade.

Apesar de apresentar pontos favoráveis, como a redução de formalidades, de gastos, redução do número de licitações e ampliação da escala de fornecimento, esta última devido à possibilidade de adesão superveniente de outros órgãos administrativos, o Sistema de Registro de Preços foi severamente criticado por autores como Marçal Justen, por entender que essa adesão pelo “carona” não encontra autorização legislativa na Lei 8.666/93, constituindo espécie de dispensa de licitação não prevista em lei.

Mas a Lei nº 12.462, inovou ao regular com minúcia razoável a situação do “carona”. Nas palavras de Justen Filho (2012, *on line*):

O Regulamento apresentou uma solução para uma das maiores distorções experimentadas na prática do “carona”. Trata-se da questão de limite máximo de quantitativos passíveis de contratação com base em registro de preços.

Segundo a disciplina do regime geral de contratações, o limite seria individual por órgão aderente e corresponderia a 100% do quantitativo registrado. Mas poderia haver tantas contratações quantos fossem os órgãos aderentes. O regulamento do RDC estabeleceu que os quantitativos totais contratados por órgãos aderentes não poderá ser superior a cinco vezes (seis, em verdade,

contando os órgãos participantes) a quantidade prevista para cada item (art.102 §3º). A fixação desse limite representa uma evolução em face da situação anterior, ainda que não afaste as críticas [...].

A nova Lei estabeleceu um Sistema de Registro de Preços específico para o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que se assemelha ao sistema de registro de preços instituído pela Lei 8.666/93, mas apresenta algumas peculiaridades, não só a citada acima, relativa à limitação da quantidade total de bens ou serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes, mas também, como afirma Coelho (2012, *on line*):

a) a possibilidade de registro de preços relativos à prestação de serviços de engenharia, remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; b) a adequação a qualquer dos modos de licitação previstos na Lei nº12.462/2011 e Decreto nº7.851/2011; c) a possibilidade dos demais licitantes aceitarem cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado, para ampliar a quantidade de fornecedores, produtos e serviços;[...]

Os defensores da utilização do Sistema de Registro de Preços no RDC sempre destacam que a celeridade e economia gerada e as regras inseridas na nova lei condizem com o que se espera nas licitações e contratos nos quais será aplicado.

A pré-qualificação permanente constitui outro procedimento auxiliar previsto pela lei que instituiu o RDC. A Lei nº 8.666/93 introduziu a figura da pré-qualificação, conceituada por Justen Filho (2010, p. 950) nos seguintes termos:

consiste na dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento da concorrência. A administração institui exigências especiais e excepcionalmente severas como requisito de participação em futura concorrência. Essas exigências envolvem a idoneidade financeira e a capacitação técnica, além dos requisitos comuns sobre a capacidade jurídica e regularidade fiscal. Instaura-se um procedimento seletivo preliminar destinado a verificar o preenchimento de tais requisitos.

Os licitantes que preencherem os requisitos previstos serão considerados pré-habilitados para a concorrência. Somente eles estarão legitimados a participar da concorrência.

Conforme prevê a Lei Geral, em seu art. 114, a pré-qualificação poderá ser utilizada nas concorrências sempre que o objeto da licitação recomende maior análise da qualificação técnica dos interessados. A pré-qualificação aludida na Lei do RDC, diversamente da pré-qualificação convencional, é de natureza permanente, não se referindo a um caso concreto considerado, e destina-se a identificar, conforme art.30 e seus incisos: a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; ou b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública.

O art. 30, que trata da criação da pré-qualificação permanente, dispõe em seu §2º que um regulamento estabelecerá as condições em que a Administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados. O participante que tiver realizado pré-qualificação poderá apresentar a certidão de pré-qualificação, que substituirá todos os documentos de habilitação. Rezende (2011, p. 37) alerta para aspecto desfavorável da pré-qualificação permanente:

A pré-qualificação da Lei nº 12.462, de 2011, mais se assemelha ao cadastro da modalidade de tomada de preços, ao qual alude o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Todavia, a nova Lei não estabelece qualquer limite à utilização do procedimento de pré-qualificação. Considerando que a Administração poderá promover certames restritos aos licitantes pré-qualificados (art. 30, § 2º), cabendo a regulamento definir em que condições isso se dará, não se pode descartar o risco de que a pré-qualificação possa acarretar a frustração do caráter competitivo das licitações. Com efeito, sabendo-se de antemão quem poderá participar da disputa, é mais fácil promover conluíus e formar cartéis.

O art. 33 da nova lei define o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras como um sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública, que estarão disponíveis para a realização de licitação.

O parágrafo único destaca que referido catálogo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos. O catálogo eletrônico consiste, portanto, em forma de padronização, que permite aos interessados conhecer previamente os modelos e técnicas que servirão de padrão para as futuras contratações. Quanto a essa prática, Fernandes (2012, p. 265) recomenda:

Bem de ver, contudo, que as críticas existirão na medida em que o lançamento inicial pode implicar em direcionamento injustificado em favor do produto que venceu a licitação anterior. Por isso, quando a inclusão em catálogo implicar em restrição à competição com a indicação de marca e modelo, é recomendável que a introdução de bens no catálogo seja precedida de estudos prévios que revelem que a Administração procedeu à análise do mercado de forma impessoal, criando, por exemplo, uma comissão técnica para o exame.

Finalmente, no cadastramento, procedimento auxiliar já autorizado no art. 34, caput, Lei nº 8.666/93, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizam frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por no máximo um ano.

No art.31, §1º, da Lei do RDC, exige-se que os registros cadastrais sejam “amplamente divulgados” e fiquem “permanentemente abertos para a inscrição de interessados”. “Com isso evitam-se as fraudes que ocorriam no passado no sentido de manter o cadastro fechado e somente após longos períodos permitir novos cadastramentos, promovendo-se no interregno licitações sucessivas e volumosas em favor de pequeno grupo de empresas” (FERNANDES, 2012, p. 263).

### 1.6 Critério do maior retorno econômico

Os critérios de julgamento possíveis no RDC constituem a matéria dos arts. 18 a 23 da Lei nº 12.462/11, os quais inovam ao criar os critérios de maior desconto, de conteúdo artístico e de maior retorno econômico, bem como ao ampliar as hipóteses de cabimento dos critérios de técnica e preço e de melhor técnica, sofrendo este último modificações substanciais em relação à figura de mesma designação, prevista na Lei nº 8.666, de 1993 (MACEDO, PELINSARI, OLIVEIRA, 2012, *on line*).

Ainda na fase preparatória, a comissão escolherá um dos critérios de julgamento, tipos especiais previstos pela Lei do RDC, dentre eles o previsto no art.23, que utiliza o critério do maior retorno econômico, exclusivo para a celebração de contratos de eficiência. As propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato. Tal critério tem sido objeto de críticas, conforme aponta Rezende (2011, p. 34):

Sobre o critério de maior retorno econômico e o contrato de eficiência, cumpre registrar que o conceito de despesas correntes é dado pelo Direito Financeiro (art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964). Eventual redução em tais despesas não necessariamente se vincula à ação de uma empresa contratada pela Administração para lhe prestar serviços. Variações nas despesas correntes dependem, inclusive, de uma decisão do Poder Legislativo, quando da elaboração do orçamento anual. A necessidade de individualização de cada uma das causas que levam a variações nas despesas correntes dificulta em muito a gestão de contratos celebrados a partir de licitações que utilizem o novo critério previsto. Ademais, as despesas correntes podem aumentar pela simples ampliação dos serviços prestados pela Administração, ainda que a empresa contratada tenha efetivamente realizado ações que proporcionam economia ao órgão ou entidade contratante. Dada a dificuldade em se estabelecer uma correlação material entre os serviços prestados e a contraprestação devida pela Administração, contratos celebrados com fulcro no art. 23

da Lei, a exemplo do que o recente histórico indica quanto aos serviços de publicidade, poderão facilitar a ocorrência de desvios e fraudes no uso de recursos públicos.

Conforme o exposto, o critério ora apreciado gerará um grande risco para o contratado, na medida em que fatores independentes da sua vontade podem contribuir para que suas metas de redução de despesas.

### *1.7 Escolha de proposta*

Conforme o art. 40 da referida Lei nº 12.462/11, é facultado à Administração Pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos: I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

A novidade consta no parágrafo único do mesmo artigo, que permite a convocação dos licitantes remanescentes do certame na ordem de classificação e no preço ofertado por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação. Esta regra, que já existe na Lei do Pregão, art. 4º, XXIII, colide com a da Lei 8.666/93, de acordo com a qual o segundo colocado somente será escolhido se concordar em acatar as condições financeiras feitas pelo primeiro colocado.

### *1.8 Prazo recursal único*

Enquanto nas demais modalidades licitatórias abre-se prazo de recurso ao término de cada ato ou decisão (art.109 da Lei 8.666/93), o art.27 da Lei do RDC prevê, nos moldes do que se dá na modalidade pregão, que todos os recursos serão postergados para uma fase recursal única após a análise dos documentos de habilitação do licitante vencedor.

A Lei do RDC também inova em seu art.45, §1º, ao prever a necessidade dos licitantes manifestarem o interesse de recorrer imediatamente, no momento

em que o ato ocorreu, registrando em ata intenção de recorrer futuramente, contra os atos que defiram ou indefiram pedido de pré-qualificação, atos de habilitação ou inabilitação ou julgamento das propostas, sob pena de preclusão. O prazo continua a ser o de 5 dias úteis, tando para recorrer quanto para apresentar contra-argumentos, nos termos do mesmo artigo.

## **2. Das ações de inconstitucionalidade**

A Lei 12.462/2011, que instituiu o RDC, é resultante da conversão da MP 527/2011, que originalmente tratava da organização da Presidência da República e dos Ministérios, criava a Secretaria de Aviação Civil, alterava a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, criava cargos em comissão e dispunha sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo. O Regime Diferenciado de Contratações foi incluído em seu texto pelo relator José Guimarães (PT-CE), quando referida MP ainda tramitava na Câmara dos Deputados.

O PSDB, juntamente com o partido Democratas e o PPS, ajuizou no Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.645, contestando a Lei 12.462/2011. Referida ação, distribuída ao Ministro Luiz Fux, fundamenta-se na ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, necessários à edição de Medida Provisória, e no abuso no poder de emendar no âmbito do processo de conversão da Medida Provisória n. 527, de 2011 (pela inclusão de matéria que excede os limites temáticos da proposição principal, que não dispunha a respeito de licitações e contratos e criação de obstáculos à atuação institucional dos demais parlamentares).

Alega-se ainda violação dos artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e dos princípios da eficiência, moralidade e publicidade, com a indicação dos dispositivos confrontados:

As inconstitucionalidades encontradas na Lei 12.462 de 2011, dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, notadamente os seguintes dispositivos: art.1º e 65, que delegam ao Executivo a escolha do regime

jurídico aplicável, art.6º §3º, que estabelece presunção de sigilo do custo das obras, art. 9º, que permite a contratação integrada, para realização de obras e serviços de engenharia, art.10, que permite o estabelecimento de remuneração variável para obras e serviços públicos, e art.15 § 2º, que dispensa a publicação em diário oficial, entre outros<sup>2</sup>.

Em setembro de 2011, o Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Monteiro Gurgel Santos, enviou ao Supremo Tribunal Federal, uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN nº 4.655, também questionando a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto na Lei 12.462/11.

Assim como na ADIN nº 4.645, aponta-se vício formal de inclusão de matéria estranha à MP nº 527/11, em afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos Poderes<sup>3</sup>.

Quanto aos vícios materiais, alega-se ofensa ao princípio da legalidade do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, inicialmente pelo fato de que os dispositivos da lei não fixam parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devam seguir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas; em segundo lugar, pelo fato do regime de licitação pública não estar previsto em lei e, sim, por ato do poder Executivo, não havendo qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na Lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo.

Frente ao mesmo artigo, questionam-se os dispositivos que conferem à Administração o dever de adoção preferencial do regime de contratação integrada no caso de obras e serviços de engenharia, apontando como dois aspectos que tornariam referidos dispositivos inconstitucionais: 1) não definição clara do que vem a ser o objeto da licitação, por admitir que se contrate uma obra ou um serviço sem a elaboração do projeto básico 2) possibilidade de

---

2 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>

3 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>

que se concentre, na figura de um mesmo contratante, a elaboração do projeto básico e a posterior execução da obra ou serviço.

Aponta-se ainda a inconstitucionalidade dos dispositivos relacionados à pré-qualificação permanente, por também estarem em desconformidade com o artigo 37, XXI, da CF, atingindo a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade.

Por fim, anota haver inconstitucionalidade material nos artigos 4º, §1º, II e §2º, e art.14, parágrafo único, II, ao preverem a adoção de medidas mitigadoras e/ou compensatórias no caso de obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais ou culturais. Tais dispositivos, face os arts. 225 e 226 da CF, não podem ser interpretadas para que sejam dispensadas exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental.

Outra suposta inconstitucionalidade da lei é apontada por Rezende (2011, p. 56):

[...]II - A despeito de veicular algumas importantes e positivas inovações na disciplina das licitações e contratos, a Lei do RDC contraria, em diversos dispositivos, normas gerais fixadas pela Lei Geral de Licitações e, por assim o fazer, padece de inconstitucionalidade formal, a qual não existiria caso as inovações fossem incorporadas à própria Lei Geral, em lugar de se fazer uma lei *ad hoc*, de âmbitos temporal, espacial, objetivo e subjetivo limitados;[...]

Zockun (2012, *on line*) critica a nova Lei, por afastar a aplicação da lei geral de licitações:

[..] o RDC não poderia ter afastado a aplicação da lei geral de licitações, como se deu na espécie (art. 1º, §2º, da Lei do RDC). Deveras, a Constituição da República exige que as licitações e contratações públicas sejam obedientes a um modelo nacional, sem embargo de a União, os Estados e os Municípios poderem ditar normas suplementares.

Ao editar-se a lei do RDC criou-se, ao arrepio da ordem constitucional, um regime de licitação e contratação que convive

à margem do regime geral em invulgar desobediência à ordem jurídica, o que não é admitido, como já cuidou de pedagogicamente assinalar o STF ao julgar a ADI 1.668.

Referido autor aponta ainda vício na forma como esse regime tem sido estendido:

[...] Fundado na suposta idéia(*sic*) de que o modelo do RDC é mais eficiente, a Lei federal 12.688 fez incluir no seu campo de abrangência as obras do PAC, afastando-se, uma vez mais a Lei 8.666.

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

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

Questionando à expansão do regime, em agosto de 2012, o Procurador-Geral requereu aditamento da Adin nº 4.655, a fim de incluir em seu objeto as alterações efetuadas pelo art. 28 da Lei 12.688/12 à lei originalmente impugnada, que estendeu o RDC às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Em fevereiro do presente ano, aditou-se novamente a ação, para acrescentar ao seu objeto as alterações efetuadas pelas Leis 12.722/12, art. 14, e 12.745/12, art.4º, que autorizam a aplicação do regime às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e no sistema público de ensino.

Em que pesem as inconsistências apresentadas pela referida Lei, esta continua sendo aplicada e estendida. Espera-se o julgamento de referidas ações

diretas de inconstitucionalidade. O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, enviou parecer ao ministro Luiz Fux, favorável à Adin 4.645. As duas ações já contam com pareceres contrários da Advocacia-Geral da União e estão aptas a serem submetidas ao pleno.

### **Considerações Finais**

Em pouco tempo, o regime diferenciado de contratação, entendido por alguns como amadurecimento da Lei nº 8.666/93, passou a fazer parte do cotidiano da Administração Pública, que o tem utilizado de forma experimental, visando a uma possível substituição das atuais normas de licitação e contratos administrativos.

É fato que a Lei de Licitações precisa sofrer inovações e que algumas das advindas desse novo regime podem servir como base para a elaboração de novas normas para licitações e contratos, essa é a tendência; contudo, a forma como foi editado o regime, com ingerência do legislativo em acrescentar matéria ao texto de uma medida provisória, quebra de pertinência temática, ausência dos pressupostos da MP, bem como a inserção de algumas práticas demonstradas nos itens anteriores, são criticáveis sob a ótica constitucional.

O RDC apresenta caráter de exceção, pois foi criado para uma situação emergencial causada pelos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que a reforma à Lei 8.666/93 tem sido postergada desde 2007, quando já se sabia que o Brasil seria sede da Copa do Mundo de 2014. Mas o que deveria ser uma medida de caráter temporário vem se tornando regra e se expandindo para outras áreas, sem passar pelo processo legislativo adequado, por meio de sucessivas medidas provisórias, enquanto ainda se espera uma posição definitiva da Suprema Corte acerca de sua constitucionalidade.

A aplicação desse regime para as obras da Copa e das Olimpíadas, ainda que decorrentes de uma situação de emergência ficta, pode até ser tolerável, porém não se detecta urgência em ampliar referido regime às áreas da saúde e educação, consolidando situação que, para alguns, é flagrantemente inconstitucional.

A mesma pressão exercida para aprovação do RDC no Poder Legislativo agora se volta ao Judiciário, que passará a ser o foco das atenções no julgamento

das ações de inconstitucionalidade em trâmite. Assim, o Poder Executivo, além de se outorgar poderes desproporcionais de decisão com o RDC, aprovado no Legislativo por meio de estratégia juridicamente duvidosa, conta com a pressão dos meios de comunicação, reforçada pela proximidade dos eventos para aprovação desses atos perante o Supremo, forçando uma decisão política que mais uma vez beneficie o governo, sob pena do Poder Judiciário se tornar o grande “vilão” dos eventos esportivos.

Cumpram-se ressaltar que, se a exiguidade dos prazos foi um dos argumentos favoráveis à utilização do RDC para instalação e ampliação de infraestrutura necessária para o desenvolvimento das atividades esportivas, nem todas as obras estarão acabadas até os eventos, o que traz questionamentos acerca da possibilidade de aplicação do RDC para projetos que, embora aproveitem as competições, não estarão completamente concluídos até lá.

Esse tema foi objeto de análise pelo TCU no Processo nº 038.038/2011, DOU 06/06/2012, no qual o órgão apreciou auditoria concernente à “execução das obras e dos serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do Terminal de Passageiros, adequação do sistema viário de acesso e ampliação do pátio de aeronaves para o Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza/CE”, ação que se insere no esforço para a realização da Copa do Mundo de 2014. Chamou atenção o fato de que a vigência do contrato, de 47 meses, ultrapassa o referido evento.

Adotou-se o posicionamento de que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso, será legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori. Ou seja, mais uma vez se estende o âmbito de incidência do RDC.

Se o regime continuará a ser aplicado, cabe agora ao STF decidir. As consequências econômicas de sua utilização só serão conhecidas após o evento, com a divulgação dos custos, quando se saberá o quanto se ultrapassou da previsão orçamentária inicial. Já a reformulação da Lei de Licitações, que

deverá decorrer de projeto de lei específico, continua em andamento.

Com base nos inúmeros projetos de lei que tramitam na Câmara, o deputado federal Fábio Trad (PMDB-MS) apresentou, em 17 de dezembro de 2012, ponto substitutivo que altera significativamente a Lei 8.666/93, tentando alcançar um meio-termo entre o RDC e a mencionada Lei de Licitações, cujo texto incorpora alguns dos dispositivos do novo regime, exceto o da contratação integrada<sup>4</sup>.

A despeito das controvérsias sobre a intenção do RDC e de sua constitucionalidade, algumas de suas práticas atendem aos anseios no campo das contratações e licitações, dotando-os de mais celeridade e eficiência, ampliando a competição, com diminuição de formalidades desnecessárias e a utilização de tecnologia.

Não se pode negligenciar a necessidade de uma nova legislação sobre licitações do Brasil, que se adeque à realidade do País, mas, de fato, nem a aplicação do RDC, nem a de uma futura lei de licitações poderá prescindir de uma atuação menos amadora por parte dos administradores públicos, com aplicação das melhores práticas de gestão, em especial as de execução orçamentária.

Neste sentido, espera-se que as discussões que se iniciaram para melhoria dos procedimentos para contratações na Administração Pública sirvam como patamar inicial para mudança efetiva da Lei de Licitações, mas sobretudo espera-se sua aplicação por um gestor bem preparado e comprometido com o interesse público, bem como uma efetiva fiscalização por parte dos órgãos de controle.

---

4 Conforme matéria veiculada no site do Instituto Certame, o deputado “Na elaboração do texto, teve acompanhamento do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (Ibeji), ligado à PUC-SP. ‘Do RDC, o que absorvi mais é o conceito de agilidade dos certames e a simplificação dos procedimentos e a questão da sustentabilidade. Da Lei de Licitações, mantive a criminalização para os desvios, as cláusulas sociais; reforçamos o princípio da impessoalidade, eficiência, moralidade e incluímos os da proporcionalidade e da razoabilidade.’ Disponível em <<http://www.institutocertame.com.br/provaveis-alteracoes-na-lei-n%C2%BA-8-6661993O>>. Acesso em 25 mar. 2013.

## Referências bibliográficas

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed.** - São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Apontamentos sobre o Regulamento do RDC** (Decreto 7.581/11). Informativo, Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 57, novembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 15 de março de 2013.)

\_\_\_\_\_. O Sistema de Registro de Preços destinado ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Informativo**, Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 61, março de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 15 de março de 2013.

PEREIRA, César A. Guimarães. **O Regime Diferenciado de Contratação estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº54, agosto de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 13 de março de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 339/2000-TCU-Plenário**. Relator: Humberto Guimarães Souto. Brasília, 26 de abril de 2000. Diário Oficial de União, 10 de maio de 2000.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2873/2008-TCU-Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 02 de dezembro de 2008. Diário Oficial de União, 09 de dezembro de 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2737/2009-TCU-Plenário**.

Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 18 de novembro de 2009. Diário Oficial de União, 20 de nov. de 2009.

AIDAR, Gabriela Braz. **Regime Diferenciado deve modificar Lei de Licitações.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/gabriela-aidar-regime-diferenciado-modificar-lei-geral-licitacoes>>. Acesso em 12 de mar. 2013.

COELHO, Fabiana de Oliveira. **O Sistema de Registro De Preços (SRP) no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37584&seo=1>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93.** Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 16 de mar. 2013.

MACEDO, Suélem Viana; PELINSARI, Marleth Mól; OLIVEIRA, Douglas Luis de. **O Regime Diferenciado de Contratações Pública- RDC: (In) Constitucionalidade e inovações.** Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfeuoAA/direito-administrativo-ii>>. Acesso em: 24 de mar. 2013.

PEIXOTO, Ariosto Mila. **RDC (Regime Diferenciado de Contratações).** Disponível em: <<http://novo.licitacao.com.br/apoio-juridico/artigos/107-rdc-regime-diferenciado-de-contratacoes.html>>. Acesso em 15 de mar. 2013.

REZENDE, Renato Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº12.462, de 2011.** Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf)>, Acesso em 17 mar. 2013.

ZOCKUN, Maurício. **Regime diferenciado de contratações: posição contrária.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-contraria/9491>> . Acesso em: 14 mar. 2013.