

DOS CONTRAPONTO ENTRE A LEI 8.666 DE 1993 E A LEI 12.462 DE 2011

Autores: Marcos Leandro dos Santos
Zeniclaysdon Lafetá Almeida Lima
Acadêmicos do curso de Direito da Unimontes

RESUMO

No presente artigo, foi adotada a pesquisa bibliográfica, a fim de se buscar respaldo doutrinário e jurisprudencial para lhe propiciar o desenvolvimento; houve levantamento de dados a partir da abordagem dedutiva. Abordou-se os institutos da Licitação e contratação com o Poder Público, como teoria de base para se analisar os regimes que possibilitam os contratos com a Administração. Examinou-se a Administração Pública como sendo garantidora do interesse coletivo, com fulcro nas Leis 8.666 de 1993 e 12.462 de 2011. Nesse escopo, coube analisar quais as vantagens e deficiências de cada regime, a fim de perceber se o Regime Diferenciado de Contratação pública (RDC) é passível de substituir o regime geral da Lei de Licitações, por atingir ou não melhor os objetivos da Administração Pública, respeitados seus princípios constitucionais.

Palavras – chave: 1. Administração pública; 2. Princípios Constitucionais administrativos; 3. Lei de Licitações; 4. Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

ABSTRACT

In this article, we adopted the literature in order to seek doctrinal and jurisprudential support to provide you with the development, there was survey data from the deductive approach . It approaches the institutes of the bidding and contracting with the government, as theory basis to analyze the regimes that allow contracts with the Administration. It was examined the Public Administration as guarantor of the collective interest, with the fulcrum in Laws 8666, 1993 and 12,462 in 2011. In this scope, it fell to analyze the advantages and shortcomings of each scheme , in order to realize the unusual Procurement Scheme (DSS) is likely to replace the general scheme of the Bidding Law , no better or for scoring the goals of the Public Administration , according to their constitutional principles .

Keys-words: 1. Public administration; 2. Administrative Constitutional Principles; 3. Bidding Law; 4. Differential Scheme Signings (DSS)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	03
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) EM DETRIMENTO DO REGIME GERAL DA LEI 8.666 DE 1993.....	05
1. Regime Diferenciado de Contratações: Principais características e perspectivas.....	05
2. Análise comparativa entre as contratações pelos regimes das Leis 8.666/93 e 12.462/11: a obtenção das melhores contratações.....	12
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	17
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	19

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico intitulado “Dos contrapontos entre a Lei 8.666 de 1993 e a Lei 12.462 de 2011” é fruto de pesquisas e estudos nos quais foram utilizadas as pesquisas bibliográfica, jurisprudencial e consultas à internet.

Cabe ressaltar, como embasamento teórico a bibliografia utilizada, no tocante ao Direito Administrativo, o uso de obras como “Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos”, de Marçal Justen Filho, e “Licitação e contrato administrativo”, de Hely Lopes Meryelles, que possibilitaram a sustentação e o entendimento acerca dos procedimentos licitatórios, dentre outras, além da doutrina constitucionalista pertinente.

Considerando a temática levantada, bem como suas divergências inerentes, o presente trabalho não objetivou limitar e restringir as possibilidades de entendimento, haja vista a observação de pontos positivos em ambos os sistemas licitatórios que se apresentam no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, ressalta-se que relevante é a presente pesquisa por se ter em vista a plenitude do bem comum visado pela Administração Pública. A licitação, constitucionalmente mecanismo capaz de conferir idoneidade e efetividade à contratação com o serviço público, devendo lhe ser, dessa forma, atribuído procedimento garantidor de sua função, sendo capaz de atingir a melhor contratação, ao serem analisados seus diversos pilares para realização.

Nesse escopo, a regulamentação da licitação, previsão de procedimentos bem como suas particularidades, fora procedida através da Lei 8.666 de 1993, criando-se uma sistemática geral de licitações. Contudo, apesar da ampla aplicação desde sua vigência, inadequações à evolução sócio-tecnológica e a situações particularizadas passaram a justificar a “Lei de Licitações” ser apontada como obsoleta, a infringir princípios constitucionais, tais como a eficiência no serviço público. Diante disso, e, ainda, da necessidade de atenção especial a determinado momento histórico de crescimento de infra-estrutura nacional, especificamente os eventos esportivos mundiais dos quais será sede o Brasil – Copa do Mundo FIFA 2014 e Olimpíadas Mundiais 2016 – eis que surge um novo modelo de contratação narrado de forma diferenciada pela Lei 12.462 de 2011.

Nesse cenário, eis que necessário se fez contrapor os citados formatos licitatórios, haja vista as diferenças entre eles, pontos positivos e negativos, a fim de dirimir as divergências levantadas em torno da real possibilidade e dever de aplicação dos sistemas, o Geral o Diferenciado.

Para tanto, no primeiro capítulo, fora realizado um estudo acerca da Administração Pública; o porquê de sua existência, seus princípios constitucionais regentes e seus objetivos, com foco no objetivo de prover aos administrados os serviços da melhor forma possível, promovendo o interesse da coletividade.

No segundo capítulo, adentrou-se à sistemática instituída pela “Lei de Licitações”, procedendo ao entendimento da lei em si; fora observado o respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, e, ainda, aos princípios inerentes ao instituto da licitação, como forma idônea de se atingir os objetivos da Administração. Analisou-se também os pontos levantados pelos juristas brasileiros acerca da funcionalidade e efetividade da Lei, bem como a possibilidade dessa estar obsoleta.

Por último, no terceiro capítulo, verificou-se o novo regime de contratações instituído pela Lei 12.462 de 2011, que se dá de forma diferenciada para a contratação com o Poder Público. Observaram-se as peculiaridades da nova sistemática, a que poderá ser aplicada, bem como os pontos levantados como confrontantes ao ordenamento jurídico vigente, principalmente o regime geral de licitações.

Por fim, diante do estudo de ideias confrontantes, a presente pesquisa delineou a resolução do aparente conflito entre as normas, haja vista que notadamente o Regime Diferenciado de Contratações Públicas se aplica a contratações específicas, não confrontando a Lei de Licitações, concluindo ainda que esta se mostra merecedora de regulamentações específicas e atualizadoras da ordem legal, afim de que a Administração possa acompanhar a mutação veloz que a sociedade sofre, quando se trata de interesse de toda a coletividade.

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) EM DETRIMENTO DO REGIME GERAL DA LEI 8.666 DE 1993:

1. Regime Diferenciado de Contratações: Principais características e perspectivas

Dados os estudos procedidos no presente artigo científico, torna-se possível perceber que a Administração se baseia prioritariamente na busca pelo bem coletivo, administrando a coisa pública da melhor maneira possível, a fim de atingir o interesse maior da sociedade, o bem-estar social. Uma das formas demonstradas para se atingir tal finalidade é a observância dos princípios que regem as atividades da Administração quando do ato de contratar com o setor privado, seja para comprar produtos ou para prestar serviços. Observando os princípios constitucionais, chega-se à licitação como forma de se obter a melhor contratação, atingindo-se, pois, os interesses coletivos.

Quanto à licitação, prevista na CRFB/88, em seu artigo 37, incisos II e XXI, cabe à legislação infraconstitucional regulamentá-la, de competência Federal (artigo 22, CRFB/88). E, diante dessa atribuição, a regulamentação necessária se deu por meio da Lei 8.666/93, a chamada Lei de Licitações; esta, desde então se traduz pelo regulamento geral da contratação com o Poder Público, aduzindo normas gerais dos procedimentos e dos contratos administrativos.

Ocorre que, com o passar do tempo, e diante das críticas doutrinárias já explanadas à referida legislação, outras modalidades e outros procedimentos para se escolher a melhor proposta para contratar com a Administração emanaram do Poder Legislativo, como exemplo o Pregão, e o Pregão eletrônico, regulamentados pela Lei 10.520/02 e Decreto 5.450/05, respectivamente, para aquisição de bens e serviços comuns.

Nesse sentido, Lunelli¹ observa:

Dessa maneira, como se aprimoraram as interpretações da Lei nº 8.666/93, também ficaram em evidência as suas deficiências. Várias delas foram corrigidas com alterações à própria lei e outras com edição de regulamentos pelo Poder Executivo. Mas nem todas as inadequações procedimentais são passíveis de correção com esses “tampões”. É por isso que o Poder Público às vezes precisa se valer de leis realmente inovadoras para a modernização de procedimentos, sob pena de comprometer a eficiência e, com isso, até mesmo o crescimento do país.

¹Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes#ixzz2qajiMaL4> Acesso em 13/01/2014.

E, com vistas à possibilidade de que os procedimentos licitatórios previstos pela Lei de Licitações estivessem a comprometer o alcance dos objetivos da Administração pública ao contratar (que é a melhor contratação para o interesse coletivo), e, diante das necessidades de infraestrutura (construções e reformas de estádios, pavimentação, estrutura de aeroportos, condições de saúde e transporte, bem como obras pertencentes ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do governo federal), para que o Estado Brasileiro pudesse arcar com a condição de sede dos eventos esportivos mundiais – Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014, Olimpíadas e Paraolimpíadas COI 2016 – nos termos exigidos pelos órgãos supranacionais, deu-se ensejo à promulgação da Lei 12.462 de 2011.

Castro², ao noticiar a criação do RDC, acrescenta:

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

A referida legislação³

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

² Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/nova-lei-de-licitacoes-tentativa-de-acabar-com-o-conluio>. Acesso em 14/01/2014.

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm Acesso em 08/01/2014.

Ou seja, a legislação em estudo institui Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o RDC. Entende Lunelli⁴ que o RDC:

O RDC surgiu da experiência bem sucedida da adoção de alguns procedimentos já inseridos nas práticas de contratação pública, procedimentos estes que tornaram mais eficientes o processo de aquisição de produtos e serviços por parte do Poder Público, trazendo, inclusive, experiências já em bom funcionamento no pregão eletrônico da Lei nº 10.520/2002.

E, diante da expectativa, anota-se os objetivos do RDC, nos dizeres de Marinella (2013, p. 399),

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

Em defesa do novo regime de contratação com o poder público, Violin⁵ destaca, em referencia aos artigos 2º/4º da Lei 12.462/11:

De uma forma moderna a Lei do RDC traz importantes questões como o cuidado com o Meio Ambiente, com a urbanização e com as pessoas com necessidades especiais. A Lei do RDC trata de algumas obviedades que infelizmente no Brasil precisam ser explicitadas para determinados administradores públicos, como por exemplo que o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. Muitas licitações no Brasil são mal feitas por causa de editais de licitação elaborados com exigências desmensuradas e injustificadas.

Sobre o RDC, cabe proceder ao seu entendimento, a partir da leitura do artigo 1º da Lei 12.462/11, que traz o rol de sua aplicabilidade:

⁴ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes> Acesso em 13/01/2014.

⁵ Disponível em: <http://blogdotarso.com/2011/09/16/lei-de-licitacoes-da-copa-do-mundo-e-jogos-olimpicos-avancos-e-retrocessos/> Acesso em: 16/01/2014

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de 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 referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

Tem-se, assim o rol exaustivo de aplicabilidade do RDC, o que não visão de Jurksaitis⁶, se traduz como cautela do legislador, a fim de alterar a sistemática licitatória aos poucos.

Com um âmbito de incidência delimitado, o RDC é uma tentativa de testar uma mudança pontual. É como uma experiência, que, se for bem sucedida, poderá ser ampliada e, então sim, levar à reforma das licitações de modo mais amplo. Por isso, os eventuais problemas decorrentes da aplicação do RDC devem ser resolvidos pontualmente, sem comprometer todo o modelo.

Ou seja, diante dessas situações, poderá o administrador se utilizar da prerrogativa de opção pelo procedimento do RDC, fazendo-o de forma expressa no instrumento convocatório, o que afastará a aplicação da Lei 8.666/93, como adverte Marinella (2013).

Conforme ensina Lunelli⁷, o RDC supera as problemáticas arraigadas ao antigo sistema da Lei 8.666/93:

Em resumo, o regime traz inovações importantes, tais como: a fase recursal única, a inversão de fases (que pode reduzir o tempo médio de licitação de uma obra de 200

⁶ Disponível em: www.sbdp.org.br Acesso em 14/01/2014.

⁷ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes#ixzz2qbFfcNrv>. Acesso em 13/01/2014

para cerca de 30 dias), a possibilidade da proposta fechada (não divulgação do orçamento) e da remuneração variável (que valoriza o contratado que vai além do que foi pedido, configurando um verdadeiro contrato de eficiência e visando a economia de recursos).No entanto, a grande inovação do RDC é o surgimento da figura da contratação integrada.

Voltando-se para a contratação integrada, modalidade destacada pela doutrina como sendo uma entre as maiores diferenças do regime geral, Marinella (2013, p. 399) ensina: “Permite que todas as etapas de uma obra sejam contratadas com uma única empresa, que fará os projetos básico e executivo e realizará a obra, entregando-a pronta para a administração. Na Lei 8.666/93 os projetos básico e executivo devem ser feitos por empresas distintas.”

Violin⁸ complementa acerca do tema:

A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, tudo sob responsabilidade do particular contratado.

Além da contratação integrada, a partir da explanação de Marinella (2013, p. 3999), em análise da Lei 12.462/11, observa-se outros pontos que o RDC se diferencia do regime da Lei 8.666/93, inovando:

Nomes e marcas: permite que o edital indique marcas na licitação de bens se houver necessidade de padronização do objeto ou quando determinada marca ou modelo comercializada por meio de um fornecedor, for o único capaz de atender às necessidades da contratante;

Remuneração variável: na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, a contratada poderá receber uma remuneração variável vinculada a seu desempenho. Esse bônus será definido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital;

Inversão de fases: o regime prevê que a fase de habilitação (...) ocorra depois do julgamento das propostas e somente seja cobrada do licitante vencedor;

Parcelamento e contratação simultânea: permite o parcelamento do objeto a licitar, inclusive em serviços de engenharia; assim como a contratação de **mais de uma empresa para executar o mesmo serviço (exceto de engenharia)**;

Fase única de recursos: o regime estipula uma fase única de recursos após a habilitação do vencedor. A intenção de apresentá-lo deve ser manifestada imediatamente, mas o prazo continua a ser o atual, de 5 dias úteis. (...)

⁸ Disponível em: <http://blogdotarso.com/2011/09/16/lei-de-licitacoes-da-copa-do-mundo-e-jogos-olimpicos-avancos-e-retrocessos/> Acesso em: 16/01/2014

Pré-qualificação: é criada a pré-qualificação permanente e um regulamento estabelecerá as condições em que a administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados;

Proposta vencedora: no caso de o vencedor da licitação não querer assinar o contrato e os demais classificados não aceitarem assiná-lo nas **condições ofertadas pelo vencedor, a administração poderá usar os preços dos outros classificados desde que não sejam superiores** ao orçamento estimado para a contratação.

Dadas as observações procedidas a fim de aclarar em que consiste o RDC, nota-se que alterações significativas quanto ao antigo regime (Lei 8.666/93) foram instituídas e postas à disposição do contratante público, nos limites dirimidos pela Lei 12.462/11.

Diante do instituto do RDC, trazido ao ordenamento jurídico pela Lei 12.462/11, bem como dos pontos levantados a fim de aclará-lo, é possível perceber que parte da doutrina se empenha em designá-lo como sendo o regime apropriado para a Administração utilizar na atualidade, que supera as deficiências da Lei de Licitações, e, ainda, permite o cumprimento das metas estabelecidas para a realização dos eventos esportivos dos quais trata.

Acerca da lei instituidora do RDC, cabe ainda levantar questão já em análise pelo ordenamento jurídico brasileiro, acerca da constitucionalidade da Lei 12.462/11, contestada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) 4645 e 4655, apresentadas diante do Supremo Tribunal Federal (STF), e ainda sem decisão.

Ocorre que as referidas ADI's, nos dizeres de Santos (2012, p. 21) questionam a ponderação dos princípios constitucionais da Administração: “Nestas ações judiciais, os autores argumentam que diversos dispositivos inseridos ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas são inconstitucionais por violarem a Constituição da República, especificamente o art. 37, caput, que prevê os princípios constitucionais administrativos.”

Sobre as ações, Santos (2012, p. 26), explica a respeito da inconstitucionalidade formal da Lei 12.462/11, ou seja, quanto ao seu procedimento de criação, apontado como inadequado:

As Adins 4655 e 4645, ajuizadas pelo Procurador-Geral da República e pelos partidos políticos supramencionados (**PSDB, DEM, PPS**) trazem o argumento de que a lei que institui o RDC afronta o devido processo legislativo e o princípio da separação dos poderes, tendo em vista a ausência de afinidade lógica ou pertinência temática entre o texto original da Medida Provisória nº 527 e a emenda parlamentar introduzida pelo Deputado Federal José Guimarães, que disciplinou em 47 artigos o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, violando assim, o que prevê o art. 4º §1º da Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional (...)

Nesse escopo, cabe perceber também a crítica de Rezende (2011, p. 13), para o Núcleo de estudos e pesquisas do Senado:

Ora, se não constituem normas gerais as que se impõem a apenas algumas pessoas jurídicas de direito público ou que visam, particularizadamente, determinadas situações, a Lei nº 12.462, de 2011, não pode ser considerada como composta por normas gerais. Ela estabelece disciplina diferenciada para os certames e contratos necessários à realização dos mencionados eventos desportivos (perspectivas objetiva e temporal). Não fixa normas que regulariam as licitações e contratos dos entes federados em geral, mas apenas daqueles onde serão realizados os eventos e construída a infraestrutura necessária à sua realização (perspectivas subjetiva e espacial). A proposição é, pois, limitada em quatro dimensões: objetiva, subjetiva, temporal e espacial. Se as normas nela contidas não são gerais, o legislador federal carece de competência para editá-las. Normas de licitação editadas pela União que não se qualificam como gerais somente podem ser dirigidas à administração pública federal.

É possível perceber, diante da petição de análise pela Corte Constitucional da Lei do RDC, ainda outros pontos tidos como formalmente inconstitucionais:

É cediço que esta Corte constitucional qualifica como “político” o juízo que se faz acerca dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, necessários à edição de medidas provisórias. Caberia ao Executivo o juízo prévio acerca dos pressupostos constitucionais e, ao depois, ao Legislativo, caberia, quando da análise do ato, confirmar ou infirmar o juízo político do Executivo.

Entretanto, também se sabe que a orientação assentada no Supremo Tribunal Federal admite o controle dos pressupostos processuais da edição de medidas provisórias sempre que o Tribunal se vê diante de casos dos quais o Executivo abusa de sua competência constitucional e edita atos legislativos flagrantemente alheios às exigências constitucionais (...).

De fato, negar de forma peremptória à Corte Constitucional a possibilidade de examinar o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência seria o mesmo que despir completamente de normatividade a disposição do art. 62, privar-lhe de qualquer possibilidade de eficácia jurídica (...). (*apud* SANTOS, 2012, p. 27)

Materialmente, versam as ADI's , basicamente, sobre:

Brevemente, busca-se discutir as seguintes ideias levantadas no RDC: (i) a delegação ao Executivo acerca da escolha do regime jurídico aplicável⁴³; (ii) a presunção de sigilo do orçamento das contratações previstas no RDC; (iii) a contratação integrada; (iv) a remuneração variável aos contratos de desempenho; (v) a dispensa de publicação dos atos praticados no processo licitatório em questão; (vi) o instrumento auxiliar da pré-qualificação permanente. (SANTOS, 2012, p. 40).

Quanto à problemática material levantada pelas ADI's, nota-se o confronto da Lei aos princípios constitucionais da Administração pública, em prol da eficiência máxima perseguida pelo RDC. Ocorre que tais ADI's não se encontram julgadas, o que deixa sobrestada a análise da constitucionalidade da valorização da eficiência pela Lei 12.462/11; não cabe ao presente estudo analisar a constitucionalidade da legislação, haja vista o enfoque principal deste, restando apenas o dever de apontar pontos criticados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante das alterações narradas, bem como das expectativas levantadas pela doutrina diante do RDC, faz-se necessário também analisar a aplicabilidade do referido regime, se de fato é solucionador dos problemas avistados sobre a Lei de Licitações, já analisados, no que tange à celeridade, eficiência e economia; enfim, a melhor contratação.

Portanto, passa-se à análise dessas questões que pairam sobre o novo regime, a fim de que, confrontado ao regime geral da Lei de Licitações, seja permitido dirimir o aparente conflito entre as normas, objetivo da presente.

2. Análise comparativa entre as contratações pelos regimes das Leis 8.666/93 e 12.462/11: e a obtenção das melhores contratações

Atendo-se ao ponto principal desta monografia, cabe analisar, por fim, diante de todo o exposto, qual regime, o instituído como geral pela Lei 8.666/93 e o Diferenciado de Contratação Pública – RDC, tem atendido melhor as expectativas para o interesse da coletividade, ressalvadas as devidas proporções de alcance; destaca-se pois o atendimento que esteja devidamente em consonância ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial aos princípios constitucionais administrativos.

Aprioristicamente, há que se consolidar o entendimento trazido por Di Pietro (2010, p. 65):

Em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do

direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os **interesses públicos têm supremacia sobre os individuais**.

Com base nessa premissa de que o interesse público é supremo, trazendo-a ao conflito aqui levantado, cabe perceber a análise⁹ a seguir, a fim de confrontar os regimes de licitações:

Inúmeras iniciativas legislativas, nas diferentes esferas de poder, têm sido propostas no intuito de "melhorar" esse estatuto jurídico. Seja porque entendem alguns que a lei "engessa" - termo usualmente adotado em relação a ela -, seja porque acreditam que a mesma lei não consegue evitar a fraude, ou ainda porque justifiquem que encarece os bens e serviços adquiridos pela Administração, ou, finalmente, porque alimenta uma sempre lembrada indústria de liminares.

Nesse sentido, nota-se que há resistência em por em cheque a Lei 8.666/93, haja vista a não sobreposição e resolução dos problemas levantados em se tratando de inovações legislativas, conforme ensina Trajano¹⁰:

Há no Congresso Nacional um sem número de projetos de lei que têm por objetivo modernizar mais contundentemente o arcabouço legal relativo às licitações. Entretanto, creio que é necessário colocar luz na outra vertente que é a capacidade técnica e organizacional do estado para utilizar o instrumento legal de forma adequada a produzir os seus fins. A contrário senso, a modernização da lei sem se assegurar condições razoáveis aos órgãos públicos e consistência organizacional redundará apenas na mudança da forma de ver o problema, mantendo-se as ineficiências e críticas hoje existentes.

É, contudo, através de uma perspectiva evolutiva, notável o desacordo da Legislação com as necessidades de modernização, conforme expõe Lunelli¹¹:

Dessa maneira, como se aprimoraram as interpretações da Lei nº 8.666/93, também ficaram em evidência as suas deficiências. Várias delas foram corrigidas com alterações à própria lei e outras com edição de regulamentos pelo Poder Executivo.

⁹ Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/35/artigo131964-1.asp>
Acesso em 16/01/2014.

¹⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-06/alan-trajano-lei-licitacoes-completa-20-anos-reformas>.
Acesso em 19/01/2014.

¹¹ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes#ixzz2qbFfcNrv>. Acesso em 10/02/2014.

Mas nem todas as inadequações procedimentais são passíveis de correção com esses “tampões”. É por isso que o Poder Público às vezes precisa se valer de leis realmente inovadoras para a modernização de procedimentos, sob pena de comprometer a eficiência e, com isso, até mesmo o crescimento do país. Nesse contexto, surgiram o pregão, o pregão eletrônico e, agora, o RDC.

Particularmente, é possível perceber o RDC, como sendo, nos casos em que é permitido lançar mão desse procedimento, robusto suficientemente para delinear a evolução da Licitação brasileira. Nota-se o paralelo traçado por Trajano¹²:

Inspirado originariamente no regime de contratações da Petrobras, que por ser empresa de economia mista não se submete à Lei 8.666/93, tem como principais características a contratação integrada, a inversão de fases na licitação, o contrato de eficiência, a dispensa de apresentação de projeto básico pelo ente licitante, caso adotada a contratação integrada, bem como o sigilo do orçamento. Espera-se que seja uma experimentação positiva para posteriormente ser generalizado para as demais situações.

Cabe perceber que a Lei 8.666/93 fora apontada pelo próprio legislador como incapaz de suprir as necessidades de contratação eficiente, tempestiva e capaz de dar o retorno pretendido, com a concretização das obras de infra-estrutura nacionais realizadas em virtude dos eventos esportivos internacionais.

Nesse aspecto, analisa Jurksaitis¹³:

Entre os objetivos da nova lei, destacam-se a ampliação da eficiência nas contratações e a busca da melhor relação custo benefício para o setor público (art. 1.º § 1.º, I e II). Dois vetores que não existem na Lei 8.666/93. No lugar deles, predomina o fetiche pelo menor preço, o que nem sempre representa uma boa contratação para a administração. Afinal, o mais barato não é necessariamente o melhor.

Lunelli¹⁴ observa o ponto a ser melhorado pelo RDC: “Tal modalidade de contratação visa suprir uma inegável deficiência do Poder Público: a dificuldade de encontrar,

¹² Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-06/alan-trajano-lei-licitacoes-completa-20-anos-reformas>. Acesso em 19/01/2014.

¹³ Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa..pdf. Acesso em 03/02/2014.

¹⁴ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes#ixzz2qbFfcNrv>. Acesso em 10/02/2014.

nos seus quadros, técnicos capazes de elaborar um projeto básico suficiente a gerar um bom projeto executivo.”

É pertinente trazer, ainda o levantamento do Ministério do planejamento, gestão e orçamento, quando às primeiras utilizações do RDC, realizado por Marcelo Bruto¹⁵, em 2013:

- Redução de prazo e de custo
- Infraero - 41 licitações, 31 homologadas
- 72 dias de RDC x 137 dias de Concorrência
- Desconto médio - 12%
- DNIT - 73 licitações, 30 homologadas
- 72 dias de RDC x 285 concorrência
- Desconto médio - 12%
- Outras experiências no Governo Federal
- Valec – 4 licitações
- Trensurb – 1 licitação
- Ministério de Ciência e Tecnologia – 1 licitação

Acerca do RDC, notadamente bem aceito pelos gestores públicos, cabe perceber a informação noticiada oficialmente pelo Governo, através do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)¹⁶, bem como os dados mencionados:

O RDC é um modelo inovador, elaborado para reduzir a burocracia, aperfeiçoar o controle e promover transparência na aplicação dos recursos. Consegue economizar tempo com a inversão das fases da licitação, analisando apenas a documentação da empresa vencedora. Além disso, os concorrentes só têm um único prazo recursal de cinco dias úteis no fim da fase de habilitação, agilizando o processo.

A definição do vencedor se dá pelo menor preço quando os licitantes apresentam suas propostas e ofertas por meio de lances públicos. Diferentemente do modelo tradicional de licitação, os concorrentes não têm acesso ao orçamento da obra, o que estimula a redução de preços. Também é permitida a contratação integrada de obras, compartilhando os riscos do contrato com os fornecedores.

O regime vem sendo utilizado com sucesso em órgãos como o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), em que o **tempo para contratação de obras foi reduzido de 285 para 72 dias. (grifo nosso).**

O Departamento Nacional de Infra-estrutura e Transportes (DNIT) consolida as informações, conforme repassado pelo PAC¹⁷:

¹⁵ Disponível em: www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669. Acesso em 10/02/2014.

¹⁶ Disponível em: <http://www.pac.gov.br/noticia/be466ed1>. Acesso em 12/02/2014.

¹⁷ Disponível em: <http://www.pac.gov.br/noticia/1fc07ffe>. Acesso em 12/02/2014

Das 226 licitações, 98 estão em andamento, nas suas diversas fases (análise de propostas de preços, análise de habilitação etc); 109 foram homologadas; 12, revogadas; 2, fracassadas; 1, deserta; e 4, anuladas.

Portanto, apenas 9% das licitações realizadas pelo DNIT não alcançaram êxito; 91% estão em andamento ou estão homologadas.

Das 226 licitações, 111 foram realizadas sob o regime de Contratação Integrada e, deste total, apenas 6 foram revogadas, o que traduz um índice de 95% de êxito. (...)

- Um dos efeitos imediatos do RDC foi a redução dos prazos para conclusão dos certames. Na média, o DNIT levava 300 dias para concluir uma concorrência, conforme a Lei 8.666. Com o RDC, este prazo baixou para 50 dias no RDC Eletrônico; 80 dias no RDC Presencial – nos regimes empreitada por preço global ou empreitada por preço unitário; e 120 dias para Contratação Integrada. Ou seja, o RDC proporcionou significativo ganho de prazo. Do contrário, não seria possível, em um ano, realizar mais de 100 contratações de novas obras.

Portanto, diante da aceitação do RDC, da obtenção de êxito pela sua aplicação, e, ainda, da explicitada necessidade de modernização do sistema licitatório brasileiro, principalmente quando da iminência de aumento da demanda da contratação, não há que se afastar a inovação advinda do novo regime, já que obsoleta se demonstra a Lei de Licitações, carente de modernização e adequação às necessidades de toda a coletividade. Cabe, desta feita, buscar meios para que a inovação transcenda aos seus campos de aplicabilidade, abrangendo a Administração Pública de forma a facilitar que esta atinja seu objetivo precípuo, que é o interesse da coletividade e o bem público de forma eficiente, célere e com verdadeira relação de custo/benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente estudo, é possível perceber indubitavelmente que o objetivo a ser perseguido pelo Estado, no exercício de sua função gestora e fornecedora de serviços aos seus administrados, é o interesse coletivo, utilizando-se, para tanto, mecanismos que prestigiem os princípios norteadores da supremacia da noção de coletividade.

Analizou-se, nesse escopo, que tais serviços podem ser prestados diretamente pela Administração ou por particulares, que adquiram esse encargo por meio de contrato público. Em ambos os casos, na sua grande maioria, dependerá o administrador de contratar bens, serviços e pessoal; e, a fim de prestar os serviços à coletividade da melhor forma possível, por ser esse seu objetivo, deve ponderar por contratar de forma proba, eficiente, econômica, eficaz e dentro do que é ditado pela Constituição Federal.

Nesse sentido, foi possível perceber que a contratação, constitucionalmente, não se poderá dar se não por meio de Licitação, ou seja, certame a fim de eleger a proposta mais vantajosa bem como o contratado que preencha os requisitos necessários intrínsecos ao contrato, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade desse procedimento, previstos em lei.

A fim de dispor sobre as licitações de forma ampla, genérica e altamente detalhada, fora promulgada a Lei 8.666 em 1993, objeto de estudo da presente, em seus aspectos relevantes, na qual são encontradas as modalidades clássicas licitatórias, bem como os extensos procedimentos e detalhes minuciosos, elencados justamente no intuito de garantir a idoneidade do certame. Ocorre que, diante de tantos meandros, a contratação pública, desde então, obedecendo a essas normas gerais, se revelou, pelo rigorismo destas, de difícil alcance ao objetivo da licitação, a contratação célere e econômica, tornando, na visão de juristas brasileiros, que analisam os atos da gestão pública, o sistema geral de licitações obsoleto.

É de tal forma perceptível que a sistemática narrada pela Lei de Licitações é dificultosa e empecilho à resolução prática dos problemas e necessidades da Administração, que o ordenamento jurídico legal, com o respaldo do Poder Executivo, dentre outras inovações legislativas, organizou-se a fim de se aparelhar contra tais dificuldades, principalmente quanto à falta de celeridade, criando o Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC), através da lei 12.462 de 2011, conforme exposto em epígrafe.

Sobre o novo sistema, ressalta-se que esse é específico para obras de infraestrutura necessárias à realização de eventos esportivos mundiais, como a Copa do Mundo

FIFA/2014 e as Olimpíadas mundiais/2016, que demandam integração entre os serviços públicos, como saúde, transporte, serviço de aeroportos, etc., a serem prestados em alta qualidade, a fim de atender o turismo internacional, que promete ser o canal de ressarcimento de todo o investimento nos eventos.

Além de ser específico, não confrontando assim a sistemática geral de licitações, o RDC se mostra, diante da necessidade iminente de conclusão de obras, e da progressão das obras de infra-estrutura, como um legado indispensável à modernização do sistema licitatório brasileiro, já que não se apega a procedimentos exaustivos, e se volta ainda mais à finalidade da contratação: a prestação dos serviços públicos da melhor forma possível.

Ademais, a presente pesquisa monográfica, não pretendendo esgotar a discussão sobre o problema levantado, teve por objetivo lançar luzes às reais condições em que se dão as contratações com a Administração, haja vista que se trata de uma das formas que tem o Estado de buscar o melhor para a sociedade de modo geral, prestigiando o bem coletivo em detrimento de qualquer individualidade com a qual se contraponha.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil.(CRFB)** 14 ed. Yussef Said Cabali (org). São Paulo, RT, 2012.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 22 de Junho, 1993.

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 01 de Fevereiro, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

STJ. REsp 2010/0049931-4. 5º turma. Relator: Gilson Dipp. Julgamento: 09/11/2010.

Guilherme Jardim Jurksaitis. “Em defesa do RDC”. (06/09/2011) Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa.pdf . Acesso em 03/02/2014.

SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos Santos. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz das ADINs 4645 E 4655 – Análise Crítica**. Rio de Janeiro, 2012.

MOTA, Fabrício. **Avaliação crítica dos vinte anos de vigência da Lei nº 8.666/93**. (14/02/2013). Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/ifcgp/avaliacao-critica-dos-vinte-anos-de-vigencia-da-lei-na-8-66693-sera-feita-evento/>. Acesso em: 14/01/2014.

TRAJANO, Alan. **Lei de Licitações completa 20 anos e pede reformas**. (06/11/2012). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-06/alan-trajano-lei-licitacoes-completa-20-anos-reformas>. Acesso em: 19/01/2014.

CASTRO, Gabriel. **Nova Lei de Licitações: tentativa de acabar com o conluio**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/nova-lei-de-licitacoes-tentativa-de-acabar-com-o-conluio> Acesso em 14/01/2014.

LUNELLI, Rômulo Gabriel M. **Lei do RDC: a nova lei de licitações** (02/2013) Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23697/lei-do-rdc-a-nova-lei-de-licitacoes#ixzz2qarqjqzW>. Acesso em 19/01/2014.

Precisamos de outra lei de licitações? Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/35/artigo131964-1.asp>. Acesso em 14/01/2014.

BRUTTO, Marcelo. Oficina RDC. Secretaria do Programa de aceleração do crescimento. (29 e 30 de Janeiro, 2013) Disponível em: www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669. Acesso em 10/02/2014.

RDC é o tema do Gestão em Destaque de outubro (30/09/2013). Disponível em: <http://www.pac.gov.br/noticia/be466ed1>. Acesso em 12/02/2014.

Nota de Esclarecimento sobre reportagem “Nova regra de contratação trava obras” (23/09/2013) Disponível em: <http://www.pac.gov.br/noticia/1fc07ffe>. Acesso em 12/02/2014.