



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

**OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE NO REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS-RDC**

Izael de Lima Júnior

Recife

2018

Izael de Lima Júnior

**OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE NO REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS-RDC**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Manoel Erhardt.

Recife

2018

Izael de Lima Júnior

**OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE NO REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS-RDC**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo.

DEFESA PÚBLICA em Recife, _____, de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Profº. Manoel Erhardt (Orientador)

1º Examinador:

2º Examinador:

Nota:

Recife

2018

DEDICATÓRIA

*À memória de Rosilda Maria dos Santos, que nos deixou durante a feitura deste trabalho.
Seu maior legado é sua própria história.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois a cada vez que minha fé é menor e mais crítica, Ele me dá a outra face e vê graça em mim;

Aos meus pais, ele a razão, ela a emoção, fonte inesgotável de amor e dedicação até os dias de hoje. Um dia hei de merecer tudo que fizeram e continuam fazendo por mim;

Ao Prof. Manoel Erhardt, a quem há muito admiro não só como jurista, mas como educador e, sobretudo, como ser humano. Suas mansidão e serenidade são sua força;

A Arquimedes Pereira, sem o qual eu jamais teria ingressado na FDR, tampouco saído dela. Mais que um amigo, um irmão, exemplo de bondade e ética;

A Tainã Laíse, ser humano ímpar, guerreira extraordinária. Por muito, uma bússola que sempre me apontou a melhor direção a seguir;

A Vilani Paz, reencontro fundamental, entre nós, comigo mesmo e com o amor. Incentivadora incansável, parcial e apaixonada nas minhas batalhas;

Ao primo Carlos Alberto, que acendeu a centelha da valorização e da importância dos estudos. Um exemplo vivo do poder transformador do conhecimento;

A Carlos André, que também ao longe milita em meu favor. Responsável por me iniciar na vida intelectual e me tirar do lamaçal da ignorância;

A Rafael Lima, que com sua capacidade cognitiva acima da média, nunca hesitou em demonstrar que o conhecimento é para todos. Sua humildade é sua riqueza;

A Marcelo Ferreira, amigo dos tempos de CBTU, que mesmo a distância torce incondicionalmente pelo meu sucesso. Ajudou-me com o primeiro passo: levou-me à matrícula nesta graduação. Que encontre felicidade em todas as estações (de trens e do ano);

Aos irmãos Rufino (Elias e Marília), por acreditarem em mim como nem eu mesmo. Comprometidos com o que fazem, responsáveis e críticos, crentes em tempos melhores;

Ao vizinho e amigo Pedro Rodrigo, pelos constrangedores incentivos à conclusão do presente trabalho. Um exemplo de esforço ético a ser seguido, um educador vocacionado;

A Itatiane Mignac, Jacyra Araújo, Frederico Siqueira e Raphael Bezerra, companheiros de curso com quem me afinei profundamente. Aprendi muito com o olhar de cada um, cada qual a seu modo, uma história de superação;

A João e Natália, esta por alegrar-se comigo a cada pequena conquista, aquele por não desistir da minha amizade, pois sabe que cada momento em que me furto de sua presença é empregado na busca de crescimento pessoal;

Ao Sr. Silva, exemplo de superação advinda de empenho, trabalho e perseverança. Acolheu-me, ao som de suas anedotas, no seio de sua família e sempre reconheceu meus esforços, por mais exíguas que me fossem as possibilidades;

A Maciel Correia, perdido. Figura humana das maiores que já conheci. Com seu bom humor característico, traz leveza aos que o cercam. Poeta de nascença e amigo leal. Exemplo de pai que eu até aceitaria o desgosto de ter...obrigado, “pai véi”!

A Delson Laranjeira e Thiago Henrique, por escolherem ser amigos, em vez de chefes; A Alexandro Tenório, pela constante disponibilidade; A João Moraes, pelo pertencimento e lampejos de grandeza; A Luiz Calado, pela cobrança; A Paulo de Tasso, pelo exemplo de batalhador;

“No dia em que a Universidade me atestou, em pergaminho, uma ciência que eu estava longe de trazer arraigada no cérebro, confesso que me achei de algum modo logrado, ainda que orgulhoso.”

Memórias Póstumas de Brás Cubas. Machado de Assis, 1881.

RESUMO

O presente trabalho objetivou aferir a conformidade entre os princípios basilares da Administração Pública, em especial os da Moralidade e da Impessoalidade, indissociáveis do agir do administrador, e o novel Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), cujos contornos encontram-se na Lei 12.462/11. Apresentado como único apto a viabilizar a implantação das obras relativas à Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016, todos sediados pelo Brasil, inicialmente aparentava ser solução pontual e emergencial a tais demandas. A pesquisa, bibliográfica, pautada no método hipotético-dedutivo, buscou, primeiramente, entender a importância dos inafastáveis princípios administrativos, que funcionam como norte de conduta para a atuação do administrador, o que, por via de consequência, serve também como mecanismo primeira de controle de seus atos. A seguir, intentou conhecer de forma pormenorizada o RDC, com destaque para as novidades trazidas, por serem obviamente tais institutos os responsáveis por causar tamanha celeuma na comunidade jurídica. Adiante, contrastando as inovações contidas no RDC e os princípios administrativos - que são também constitucionais -, restaram evidentes violações a esses preceitos, o que culminou em um capítulo dedicado às suas inconstitucionalidades, tomando-se por base as ADIs 4.645 e 4.655. Por fim, pela maleabilidade, relativização e até mesmo infringência de tais princípios, conferindo ao administrador público excessivo grau de discricionariedade, o que facilita também a atuação empresarial, notou-se um interesse dos dois setores no sentido de tornar esse regime não exceção, mas a regra. Essa realidade se torna irrefutável pelo alargamento do objeto da lei, que lhe tirou o caráter especial, bem como pelo fato de as duas ações de controle de constitucionalidade, propostas no mesmo ano de surgimento da lei, não terem sido julgadas até hoje, sete anos depois.

Palavras-chave: Licitações. Regime Diferenciado de Contratações. Princípios. Impessoalidade. Moralidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
I - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS PÁTRIOS.....	03
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	03
1.2 PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS ESPECÍFICOS.....	06
II - O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC).....	11
2.1 ASPECTOS GERAIS.....	11
2.2 PECULIARIDADES E INOVAÇÕES.....	13
III - O RDC AO OLHAR DO CONSTITUINTE.....	19
3.1 DAS LESÕES AOS PRINCÍPIOS.....	19
3.2 DAS INCONSTITUCIONALIDADES.....	20
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS.....	30

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, quando da contratação de serviços e aquisição de produtos, por manusear recursos não pertencentes ao gestor, não pode fazê-lo à semelhança de um particular, que dispõe de seus bens e valores. Por conseguinte, deve valer-se de procedimento administrativo que recebe o nome de licitação, o qual é regulado precipuamente pela Lei 8.666/93, também conhecida como Estatuto das Licitações e Contratos Públicos. Em seus dispositivos, esse diploma normativo – observando o comando do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) – prevê que o procedimento licitatório pautar-se-á pelos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além, é claro, de todos os outros princípios informadores da Administração Pública.

Surgida nos anos 90, após escândalos de corrupção, a Lei 8.666/93 pretendia, além de regulamentar a previsão constitucional de contratações através de licitações, tornar o processo de aquisição de bens e serviços mais probo e impessoal, isto é, impedir que os governantes influenciassem ou direcionassem o processo. Contudo, um reflexo de tal diploma, sempre mencionado quando se fala em licitação, decorrente das várias etapas e requisitos exigidos pela lei, é tornar o processo extremamente moroso e burocrático.

Assim, usando o argumento de que seria preciso uma maior celeridade e eficiência na contratação de bens e serviços pelos entes públicos para tornar possível a realização dos compromissos esportivos vindouros assumidos pelo Brasil no cenário internacional (Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016) surgiu a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

É bem verdade que existiram Medidas Provisórias (n^{os} 489/2010, 503/10, 510/10 e 521/10), que deram origem à referida lei e, sem dúvida, constituem um importante histórico para compreensão de como foi introduzida a Lei 12.462/11 no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, tal digressão não será feita aqui para que seja mantida a objetividade da análise pretendida. É importante também assinalar que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC não mais se presta apenas aos eventos desportivos já mencionados, mas também às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e

de unidades de atendimento socioeducativas, ações no âmbito da segurança, obras e serviços relacionados à mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, contratos de locação de bens e imóveis e das ações em órgãos e entidades dedicadas à ciência e à tecnologia. Todas essas previsões de aplicação do RDC foram acrescentadas entre os anos de 2012 e 2016.

Assim, o trabalho encontra seu relevo no zelo pelo patrimônio e dinheiro públicos, que podem ser fortemente atingidos por meio de distorções indevidas dos princípios protetores do interesse público perpetradas por meio do RDC.

O problema que a presente pesquisa pretende investigar é: “o RDC fere os princípios da administração pública, mormente os da moralidade e da impessoalidade?”. Com isso, objetiva-se genericamente averiguar a infringência, por parte do RDC, aos princípios administrativos, dando especial foro aos da moralidade e da impessoalidade.

Para a consecução do objetivo, fez-se necessária a análise dos princípios administrativos inerentes ao processo licitatório, das inovações trazidas pelo RDC que suscitaram polêmicas bem como da inconstitucionalidade de tais normas.

O presente trabalho pautou-se no método hipotético-dedutivo, que recaiu sobre o fruto de pesquisa bibliográfica e documental de manuais de doutrina, artigos científicos, publicações acadêmicas e sítios jurídicos na internet.

Como é possível notar, o escopo da lei aumentou de modo substancial de tal forma que não é desarrazoado conjecturar que há uma vontade governamental e, por que não mencionar que até mesmo empresarial, no sentido de que esse regime venha a se tornar não mais a exceção, mas sim a regra. Regra essa que colide com os princípios norteadores da Administração Pública, sobretudo com os da impessoalidade e da moralidade. Isso se justifica pela maleabilidade e talvez conveniência que o regime diferenciado confere aos agentes públicos, seus operadores, em direcionar tal sistema e quiçá satisfazer interesses particulares em detrimento dos interesses públicos. Dessa forma, da análise de tal regime de contratação, emerge sua incompatibilidade com os dois princípios acima ventilados.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS PÁTRIOS

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste tópico far-se-á uma breve exposição dos princípios administrativos alicerçadores da Administração Pública nacional. Como se trata de um conhecimento ordinário para o público alvo destas linhas, não se pretende alongar-se em definições e pormenores. Objetiva-se apenas expor o necessário para que a total compreensão deste escrito não fique prejudicada. Desse modo, é preciso esclarecer que o administrador público pauta, ou pelo menos deveria pautar, todas as suas ações na observância de preceitos legais, que são balizados pelos princípios administrativos. Esses princípios, que há muito tempo já foram incorporados à Constituição e a diplomas infraconstitucionais, constituem a base teórica e até ética que orienta as ações da Administração Pública.

A Administração Pública funda-se em dois pilares: *Supremacia do Interesse Público* e *Indisponibilidade do Interesse Público*. Aquela manifesta-se no conjunto de prerrogativas atribuídas ao administrador para que lhe seja possível o atingimento do bem comum, este retrata a impossibilidade de o administrador dar protagonismo o interesse privado em face do público. Esse conjunto de prerrogativas e vedações compõem o que se convencionou chamar Regime Jurídico Administrativo. Esclarecidos esses conceitos, é sugestivo agora avançar para as definições dos chamados princípios administrativos expressos, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988¹. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para essas definições usar-se-ão lições de consagrados doutrinadores. Dessa forma, por conveniência, seguir-se-á a ordem em que os princípios estão dispostos no texto constitucional, começando-se, assim, pelo princípio da legalidade, sobre o qual se debruçou José Afonso da Silva²:

“O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse

¹Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 15.08.2018.

²SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

sentido que se deve entender que o estado ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.”

Do magistério acima pode-se concluir que o princípio da legalidade é a indicação elementar da conduta administrativa, significando que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Ou seja, diferentemente do particular, a quem tudo é permitido se não vedado em lei, somente a previsão legal possui o condão de autorizar as ações da Administração Pública.

Em relação ao princípio da impessoalidade tem-se a seguinte caracterização de José dos Santos Carvalho Filho³:

A referência a esse princípio no texto constitucional, no que toca ao termo *impessoalidade*, constitui uma surpresa para os estudiosos, que não o empregavam em seus trabalhos. *Impessoal* é ‘o que não pertence a uma pessoa especial’, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas. O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, que sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.

Em um sentido um pouco diferente José Afonso da Silva⁴ entende que esse princípio significa “*que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário*”. Assim, depreendem-se duas dimensões para o referido princípio, as quais igualmente vinculam a administração na sua atuação.

No que se refere à moralidade, pode-se recorrer ao conceito trazido pelo Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal⁵, instituído no Decreto 1.171/94, conforme o qual:

“A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo”.

É de se notar que os agentes públicos, sabidamente a personificação do Estado, não devem declinar dos preceitos éticos em sua conduta⁶. Ao mencionar a aproximação entre legalidade e finalidade, o legislador pretende destacar os elementos de uma conduta sem

³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1171.htm. Acesso: 13.08.2018.

⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22

desvios, o que consequentemente configura uma atuação proba, moral. É nesse sentido que o *reconhecimento da moralidade como princípio jurídico significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética*⁷ Do que foi exposto, percebe-se que a moralidade perpassa a legalidade, mas nela não se detém, vai além. Como diziam os romanos: “*Non omne quod licet honestum est*”⁸.

Quanto ao princípio da publicidade uma boa definição, com vênua aos doutrinadores pátrios, encontra-se na Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo⁹:

“O princípio da publicidade é uma das chaves do Direito Público brasileiro e se relaciona com os princípios estruturantes do Estado, em especial com o princípio republicano. A publicidade configura uma dimensão da cidadania, pois permite o controle social do Poder Público pelos cidadãos. Apesar da possibilidade de extrair da Constituição um conformação ambiciosa do princípio da publicidade, a prática brasileira está longe de preencher as suas exigências, com ofensa cotidiana também aos demais princípios constitucionais. Uma verdadeira República, informada pelo interesse público e com agentes que mereçam tal denominação, deve ser absolutamente transparente e controlável; Ademais, sem controle e sem participação não há democracia, outro princípio constitucional estruturante. Duas derivações específicas do princípio da publicidade merecem atenção: o direito de acesso à informação e sua potencialidade transformadora e o (mau) uso da publicidade institucional.”

Pelo exposto, é de se notar que o princípio da publicidade pode ser encarado como o dever de o Poder Público agir com a maior transparência possível para que os administrados tenham conhecimento dos seus atos. Assim, esse princípio possui a função de tornar públicas as ações administrativas e, com isso, possibilitar o importante controle social dos atos administrativos. Um bom exemplo de concretização desse controle social é aquele decorrente da Lei 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), a qual, a um só tempo, materializa o princípio da publicidade e entrega ao cidadão mecanismos efetivos de aferição da atividade pública.

Como o último princípio expresso no art. 37 da Constituição tem-se o da eficiência. Tal princípio, oriundo da emenda constitucional nº 19 de 1998, revela o desejo do legislador de apresentar uma Administração não mais burocrática e amplamente apoiada no princípio de legalidade, mas sim uma Administração mais dinâmica, efetiva e eficiente, ou seja, gerencial. Assim, pode-se constatar que o princípio objetiva promover uma atuação administrativa não

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 862.

⁸ “*Nem tudo que é lícito, honesto é*”

⁹ Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-publicidade>. Acesso: 15.08.2018

meramente formal e adstrita apenas a critérios formais, e sim dotada de substancial qualidade. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰:

“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao *modo de atuação do agente público*, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao *modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública*, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (...) A eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”

Corroborando tais ensinamentos pode-se, ainda, lançar mão da lição de Hely Lopes Meirelles¹¹, para quem o princípio da eficiência é *“o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”*.

Conclui-se, assim, a apresentação dos princípios basilares regedores de todos os aspectos da administração pública e, por via de consequência, do processo licitatório, inclusive aquele realizado pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Munidos dos conhecimentos apresentados, torna-se possível analisar a adequação do RDC aos vetores principiológicos constitucionais, em especial aos da moralidade e da impessoalidade. Tal desiderato será o norte do presente escrito.

1.2 PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS ESPECÍFICOS

Como já afirmado, a administração pública está adstrita aos princípios constitucionais expressos no art. 37 da Carta Magna. Além desses, o procedimento licitatório possui princípios próprios previstos no art. 3º da Lei 8.666/93¹²:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (grifos nossos)

Ao se analisar tais princípios estar-se-á também analisando os que compõem o RDC, uma vez que a Lei 12.462/11¹³, que o instituiu, possui a mesma base de principiológica. As

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 98.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso: 20.08.2018.

duas únicas inovações residem no fato de o art. 3º do RDC incluir o princípio da economicidade e erigir o desenvolvimento nacional sustentável - que na Lei 8.666/93 apenas se tratava de um parâmetro a ser observado - à categoria de princípio.

Partindo do *princípio da isonomia*, conclui-se pela impossibilidade de dar tratamento diferenciado aos licitantes, cabendo a todos eles igualdade de oportunidades, sem quaisquer preferências ou distinções. José dos Santos Carvalho Filho¹⁴, para quem os princípios da igualdade e da isonomia se confundem, assim leciona:

“O princípio da *igualdade, ou isonomia*, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental, e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”. Portanto, as linhas marcantes do princípio são de índole constitucional. A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.”

Sobre a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a doutrina é uníssona em afirmar que não se trata, necessariamente, da proposta de menor preço, mas daquela que melhor se encaixa aos critérios previamente estabelecidos no edital. De outro modo, pode-se dizer que a proposta mais vantajosa nada mais é do que um aspecto do princípio da isonomia, pois este propicia a competitividade que, por sua vez, permite a participação de qualquer interessado em contratar com a Administração Pública. Consequentemente, isso resulta em uma gama maior de propostas, dentre as quais pode o ente público optar pela melhor. Isso pode ser observado - de maneira indireta - no art. 3º, § 1º, I da Lei Geral de Licitações:

§ 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991

A partir da exegese do dispositivo transcrito acima, percebe-se que o legislador nacional institui balizas legais para a realização da melhor proposta para a administração, uma vez que tem a preocupação de que os critérios definidos no edital não se destinem a restringir a

¹³Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm Acesso: 28.08.2018

¹⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ªEd.São Paulo:Atlas, 2015.p. 249.

concorrência e direcionar a alguém em específico o contrato objeto da licitação. Se assim o fosse, seria possível a exclusão de pronto de potenciais concorrentes, impedindo-lhes de participar do certame em razão de exigências editalícias desarrazoadas e, conseqüentemente, reduzindo o número de propostas dentre as quais a administração pode selecionar a mais vantajosa.

Avançando, chega-se à ideia de desenvolvimento nacional sustentável. Um conceito relativamente novo que pode ser definido com ajuda do que foi estabelecido no Relatório Brundtland¹⁵ “Nosso Futuro Comum” de 1987, documento histórico firmado no âmbito das Nações Unidas. Em tal documento encontra-se que:

“Desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas”.

Em termos operacionais, o instrumento que regulamenta de que maneira se deve fomentar o desenvolvimento nacional sustentável no âmbito das licitações em geral é o Decreto nº 7.746/12¹⁶. Essa normativa determina que na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis (art. 2º, Decreto 7.746/12) que devem ser publicados nos instrumentos convocatórios como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial (art. 3º, 7.746/12).

Esse mesmo decreto, em seu art. 4º, elenca, exemplificativamente, o que considera critérios e práticas sustentáveis:

- I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
- VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras;
- VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

¹⁵ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/ecodesenvolvimento-conceito-desenvolvimento-sustentavel-relatorio-brundtland-onu-crescimento-economico-pobreza-consumo-energia-recursos-ambientais-poluicao.aspx>. Acesso: 28.08.2018.

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7746.htm. Acesso: 02.09.2018.

Adicionalmente, já como reflexo da elevação do desenvolvimento nacional sustentável ao patamar de princípio, o RDC traz em seu bojo um microsistema regrativo próprio a essa seara, quando, no §1º do art. 4º, exige respeito às normas relativas a:

- I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;
- IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e
- VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Como se pode notar, o ordenamento, com as previsões do art. 4º, §1º, do RDC e art. 4º do Decreto 7.746/12 foi dotado de caracteres próprios aptos a implementar o desenvolvimento nacional sustentável.

O próximo princípio que se apresenta é o da probidade administrativa, o qual, igualmente ao da moralidade, possui contornos fluidos. Entretanto, é possível ter uma noção do conceito de probidade por antagonismo às definições legais de improbidade. Essas definições estão na Lei 8.429/92¹⁷ e, grosso modo, materializam-se em atos que *Importam Enriquecimento Ilícito; Causam Prejuízo ao Erário; Decorrem da Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário e Atentam contra os Princípios da Administração*.

O enriquecimento ilícito, segundo o art. 9º da Lei 8.429/92, consiste em qualquer ato que busque auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas. Quanto ao prejuízo ao erário, ocorre quando há ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades (art. 10). No que se refere à concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário considera-se ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem as políticas de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros (art. 10-A). Por fim, sobre os atos que maculam os Princípios da Administração o *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa tipifica-os como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm Acesso: 05.09.2018.

Assim, de posse de todas definições de atos de improbidade ora apresentadas, é possível compreender o que é probidade administrativa, a qual caracteriza-se como sendo uma forma de moralidade no proceder dos agentes públicos. Ou, como bem definiu José Afonso da Silva¹⁸ “*A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer*”.

É importante pontuar que o princípio da economicidade é visto, geralmente, como um dos desdobramentos do princípio da eficiência. De forma simplista, mas precisa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ afirma que o “*princípio da economicidade em questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.*”

Em se tratando de Vinculação ao Instrumento Convocatório, uma valiosa lição é apresentada por José dos Santos Carvalho Filho²⁰, ao afirmar que configura verdadeira garantia tanto para o administrador quanto para o administrado, uma vez que os requisitos nele estabelecidos devem ser fielmente observados por todos. Caso esses requisitos não sejam observados o procedimento torna-se ilegal e, com isso, suscetível de correção na via administrativa ou judicial. Cabe ainda ressaltar que por meio do mesmo princípio impede-se a alteração dos critérios de julgamento, além de dar certeza aos interessados do que pretende a administração. Por tudo isso, pode-se afirmar categoricamente que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório prestigia a moralidade, a impessoalidade e a probidade administrativa.

Finalmente, como decorrência lógica do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tem-se o princípio do julgamento objetivo, o qual ordena que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados impreterivelmente para seleção da melhor proposta. Conclui-se, portanto, que o princípio visa a empregar o impessoalismo e pragmatismo, não só no julgamento final da proposta, mas em todas as fases do certame.

Evidentemente, há uma base principiológica mais ampla em nosso ordenamento jurídico que se aplica às licitações. No entanto, para o escopo pretendido pelo presente trabalho mostram-se suficientes os princípios aqui abordados.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 671.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 8ªEd., São Paulo: Atlas, 1997, p. 490.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 314.

CAPÍTULO II

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

2.1 ASPECTOS GERAIS

O Regime Diferenciado de Contratações surgiu, inicialmente, tendo por **objeto** realizar exclusivamente as obras relativas à Copa do Mundo de 2014, da Copa das Confederações e das olimpíadas. Posteriormente, incluiu-se a possibilidade de o regime abarcar também obras do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), do Sistema Único Saúde (SUS), relativas à Mobilidade Urbana, ligadas à Ciência, Tecnologia e Inovação, inerentes ao Sistema Penitenciário, bem como a Unidades de Atendimento Socioeducativo.

A Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC, já em suas primeiras linhas (art. 1º, §1º) afirma que ele tem por **objetivos**:

- I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III - incentivar a inovação tecnológica; e
- IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Visto por alguns como um avanço no modelo tradicional de licitação, tem como efeito prático diminuir não só o tempo do processo licitatório, mas também os custos dos projetos. Tais custos são diminuídos à medida que prepondera o princípio da eficiência, que não se limita a ser um mero objetivo do RDC, mas se confunde com sua própria justificativa de existência.

Por ser um diploma legal que inova no tocante aos regimes licitatórios então vigentes, a Lei do RDC traz, em seu Art. 2º, as **definições** dos institutos jurídicos cujo uso irá disciplinar adiante. Tais conceitos são de compreensão necessária a fim de permitir o acompanhamento dos estudos aqui pretendidos, razão pela qual se transcrevem:

- I - empreitada integral: quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada;
- II - empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- III - empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e

c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução;

V - projeto executivo: conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes; e

VI - tarefa: quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

É também com vistas à persecução do princípio da eficiência que o art. 4º da Lei 12.462/11 elenca as seguintes **diretrizes**:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala;

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitadas, quando couber, o sigilo do orçamento.(**adaptado**).

Em verdade, o maior apelo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) estaria em um possível dinamismo que a usual lei de licitações não seria capaz de conferir à Administração Pública.

Esse regime, que para sonoras vozes na doutrina administrativista²¹, tendo em vista o seu objeto primordial e a situação de urgência para que foi criado, deveria ser excepcional e transitório, atualmente se submete a um *lobby* empresarial e até mesmo governamental que vem promovendo alargamentos em seu objeto no afã de torná-lo a regra. Isso se justifica pela maleabilidade e talvez conveniência que o regime diferenciado confere aos agentes públicos, seus operadores, quiçá manipuladores.

É importante perceber que as pretensas celeridade e flexibilidade nas contratações não podem colidir com as balizas constitucionais, as quais, eventualmente, podem ser

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 440.

prescindidas nesse processo e, com isso, eivar todo o procedimento, comprometendo a lisura da atuação estatal, a qual deve ser lastreada nos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição da República.

Com efeito, assim como expressamente respeita o Princípio da Isonomia, a Lei 8.666/93 também literalmente promove o Princípio da Publicidade, marco fundamental na idéia de *res pública*. Entretanto, à guisa de exemplo, o RDC possui norma diametralmente oposta a tal princípio, uma vez que admite o sigilo do valor estimado da contratação (Art. 6º, *caput* e §3º) . É na análise de questões como essa que o presente trabalho pretende avançar, sempre verificando o atendimento aos princípios administrativos, conferindo posição de destaque aos da moralidade e da impessoalidade.

2.2 PECULIARIDADES E INOVAÇÕES

Dentre as **inovações** trazidas pelo RDC, tem-se a possibilidade de sigilo no orçamento da contratação. A esse respeito, Antônio Carlos Cintra do Amaral²² leciona que a Lei do RDC o trata de dois modos. O primeiro com o orçamento sendo sigiloso até o encerramento da licitação (Art. 6º, *caput*), hipótese na qual não enxerga incongruências com a ordem constitucional, já que posteriormente esse orçamento será divulgado de modo que a sociedade poderá conhecê-lo e fiscalizá-lo.

No segundo caso, no qual o orçamento é estrita e permanentemente acessível aos órgãos de controle (art. 6º, §3º), o eminente doutrinador segue afirmando que “(...) *é juridicamente insustentável. Em uma democracia, os órgãos de controle externo atuam em nome da sociedade. Mas não a substituem. Quanto mais organizada a sociedade, maior o controle democrático que pode e deve exercer sobre a Administração Pública e os próprios órgãos de controle formal*”.

Ademais, rememora o fato de a Constituição apenas recobrir com o sigilo os atos indispensáveis à segurança da sociedade ou do Estado (art. 5º, XXXIII, CRFB/88), o que não se configura na hipótese em comento.

A **contratação integrada**, uma das grandes novidades, 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

²² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações*. In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 448-449). Editora Fórum. Edição do Kindle.

necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (Art. 9º, §1º). Esse tipo de contrato é conhecido no direito Estadunidense como *turn key*, ou seja, “vire a chave”, sinalizando que o contratado entregará o objeto da licitação para pronto uso.

A opção pela contratação integrada objetiva que não haja aumento dos custos por meio de aditivos ao projeto. No entanto, o mesmo dispositivo, em seu §4º, elenca duas exceções que requerem transcrição:

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:
I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e
II - 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.

Como se pode notar, há a clara intenção de impedir que o orçamento contratual fuja do controle estatal em virtude de aditivos que possam causar lesão ao patrimônio público. Por outro lado, um Estado Democrático de Direito, que por definição se sujeita ao seu ordenamento jurídico, não pode promover o seu próprio enriquecimento sem causa, explorando desproporcionalmente o contratado. Em virtude disso, excepciona a regra do §4º quando houver a necessidade de recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente avençado.

Para além dessa norma, o inciso II traz a segunda exceção aos aditivos, admitindo-os quando for necessária adequação técnica aos objetivos da contratação, desde que a pedido da administração e não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado.

Vale mencionar que o Procurador-Geral da República entendeu por sua inconstitucionalidade, alegando que nesse regime não estaria definido previamente o objeto das respectivas obras e serviços e, conseqüentemente, da licitação. Esse entendimento também integra o bojo da ADI 4.655.

O RDC foi responsável por trazer a possibilidade de a **remuneração da contratada ser variável** e vinculada ao seu desempenho. Desempenho esse que deve observância simultânea a *metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega*, todos definidos no instrumento convocatório e no contrato (Art. 10, *caput*). Bruno Aurélio²³ adverte que “não se pode perder de vista que esta atividade, especialmente no setor

²³ AURÉLIO, Bruno. **A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 2773). Editora Fórum. Edição do Kindle.

público, deverá sempre estar delimitada de forma clara, objetiva e pressuposta, evitando que tais critérios e juízos possam confirmar arbitrariedades”

Igualmente ao que ocorre no pregão, o RDC também prevê a **inversão de fases** de modo que a habilitação só se dá após a apresentação das propostas ou lances e o julgamento. Entretanto, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório e mediante ato motivado, a habilitação poderá anteceder essas duas fases (Art. 12, p. único). Como aponta Eduardo Stevanato Pereira de Souza²⁴, a inversão de fases é uma regra e, a sua exceção, é uma prerrogativa discricionária do Administrador Público, que deve, para implementá-la, motivar e indicar no Edital da Licitação.

Os prazos para apresentação das propostas no RDC levam em consideração para sua fixação o objeto do contrato e o critério de julgamento, diferentemente do que faz a lei 8.666/93, que prestigia o binômio objeto-modalidade de licitação²⁵.

O RDC prestigia os modos de disputa aberto e fechado. Como o nome sugere, no primeiro caso a competição é marcada por lances públicos até que um dos licitantes se sagre vencedor, oferecendo a maior ou a menor oferta ou lance, a depender do tipo de licitação. Por outro lado, no modo fechado, as propostas serão sigilosas até o momento avençado para sua divulgação (Art. 17, I e II). A verdadeira inovação surge quando o Art. 16 da Lei 11.462/12 abre a possibilidade de **combinação dos modos de disputa aberto e fechado**, expediente que se pode melhor compreender por meio dos elucidativos ensinamentos de Percival José Bariani Junior²⁶:

Esses dois procedimentos podem ser combinados em uma mesma licitação. Se o procedimento se inicia pelo modo de disputa fechado, ou seja, com a apresentação de propostas lacradas, classificam-se para a fase de lances públicos os licitantes que apresentarem as três melhores propostas. Iniciando-se pelo modo de disputa aberto, após a fase de lances públicos, os três licitantes que ofertaram as melhores propostas apresentam nova proposta lacrada.

²⁴ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Comentários aos artigos 27 e 28 da Lei nº 12.462/ 11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.581/11** In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 4270). Editora Fórum. Edição do Kindle.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 206

²⁶ BRIANI JÚNIOR, Percival José. **Convocatórios das licitações pelo RDC, dos modos de disputa e dos critérios de julgamento**. In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 3176-3177). Editora Fórum. Edição do Kindle.

A figura do **contrato de eficiência**, também introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo RDC, tem por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (Art. 23, §1º). Nessa modalidade contratual, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionar a maior economia para a administração pública, tendo por critério de julgamento exclusivamente o maior retorno econômico (Art. 23, *caput*). Da leitura sistemática dos dispositivos seguintes, vê-se que o contrato de eficiência é obrigação de fim, de modo que nos casos em que não for gerada a economia prevista a contratada sujeitar-se-á às sanções cabíveis (Art. 23, §3º).

A lei 12.462/11 elenca também um rol de mecanismos que chama de **procedimentos auxiliares das licitações** no âmbito do RDC. São institutos que visam a dar suporte às contratações, conferindo presteza no desenrolar do procedimento administrativo licitatório. São eles: I - pré-qualificação permanente; II - cadastramento; III - sistema de registro de preços; IV - catálogo eletrônico de padronização. No que pertine a essa seção - peculiaridades e inovações - cabe destaque aos incisos I e IV.

Com efeito, nos termos do Art 30, considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar: I - fornecedores que atendam a condições de habilitação exigidas, nos prazos, locais e condições previamente fixadas; II - bens que atendam a exigências técnicas de qualidade da Administração. Sobre o catálogo eletrônico de padronização, sua disciplina está no Art. 33, segundo o qual consiste em sistema informatizado de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização da licitação. O presente catálogo pode ainda 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 de licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento (Art. 33, p. único).

Observe-se que as inovações trazidas pelo RDC, por terem como norte a celeridade, apenas modificaram a parte procedimental do processo licitatório, ou seja, o momento que precede a assinatura do contrato. Em outras palavras, afastam-se os procedimentos considerados excessivamente burocráticos e morosos, anteriores ao contrato. Feito isso, devolve-se o andamento do processo aos ditames do regime geral de licitações, de modo que os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei 8.666/93 (Art. 39).

No momento da feitura do contrato, caso o convocado não o assine, é facultado à administração: I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei 8.666/93 e no RDC; ou II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor. (Art. 40, I, II).

Nesse diapasão, cabe frisar a norma contida no parágrafo único ainda do Art. 40, a qual traz a inovadora hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nas condições ofertadas pelo licitante vencedor, podendo a administração pública convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições por eles mesmos ofertadas, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

Adiante, o Art. 44-A, incluído por alteração legislativa de 2015, admite, nos contratos regidos pelo RDC, o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, bem como da mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.

Por fim, cumpre destacar o estabelecimento de uma **fase recursal única**, de modo a dar fluidez ao procedimento, dirimindo-se os eventuais conflitos apenas na fase final da licitação. Esse modelo não é o praticado sob a égide da Lei 8.666/93, que permite recurso a cada fase, promovendo pausas na marcha processual que acabam por tornar mais lento o processo. Cumpre destacar que se o administrador opta por reinverter as fases do processo licitatório, tornando-o igual ao procedimento ordinário previsto na lei geral de licitações, tal concentração da fase recursal perde seu objeto, resta prejudicada e não se sustenta. Observe-se:

Art. 27. **Salvo no caso de inversão de fases**, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor. (grifos nossos)

Apesar de ocorrer em momento posterior, a fase recursal não tolhe a oportunidade de discutir questões relativas desde o julgamento das propostas até a habilitação dos competidores. Por esse motivo, Eduardo Stevanato Pereira de Souza²⁷ traz um salutar contraponto ao debate:

²⁷ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Comentários aos artigos 27 e 28 da Lei nº 12.462/ 11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.581/11** In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O

Por vezes, a solução jurídica inicialmente idealizada pela Lei do Pregão se mostra mais lenta do que a tradicional contida na Lei nº 8.666/ 93. Isso acontece, principalmente, quando há procedência do recurso que versa sobre a fase de classificação e julgamento das propostas. Na referida hipótese, o procedimento licitatório, praticamente terminado, regressará à sua fase externa inicial, acarretando, portanto, um considerável atraso em sua conclusão, desatendendo completamente os objetivos traçados pela norma em questão.

Nesse momento, conhecendo os princípios administrativos bem como de posse das reais alterações promovidas pelo RDC no seio dos processos licitatórios, pode-se adentrar em uma análise mais específica sobre a (in)compatibilidade entre eles.

CAPÍTULO III

O RDC AO OLHAR DO CONSTITUINTE

3.1 DAS LESÕES AOS PRINCÍPIOS

Em lição irretocável, que a um só tempo retoma e sintetiza o até aqui exposto, Hely Lopes Meirelles²⁸ ensina que a licitação “*Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia **igual oportunidade a todos os interessados** e atua como **fator de eficiência e moralidade** nos negócios administrativos*”.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas cria verdadeiro processo autônomo no âmbito das licitações, isto é, embora faça menções expressas à lei 8.666/93, desenvolve-se por si só. Apesar de sua autosuficiência, não pode desgarrar-se da proteção aos princípios que orientam a prática licitatória.

Uma das primeiras críticas que se pode fazer ao RDC é o fato de ter nascido uma lei temporária e específica, com vistas a atender uma demanda localizada e pontual no tempo e, apesar disso, ter tido seu objeto alargado reiteradas vezes. Com efeito, é lei especial porque restringe sua aplicação apenas às licitações e contratações volvidas à realização das Olimpíadas e da Copa do Mundo de Futebol (afastando expressamente a Lei Federal nº 8.666/93)²⁹. Esse processo denota haver um interesse ou preferência pela utilização do regime diferenciado.

A lei do RDC, em seu Art. 1º, I, como também em seu Art. 65, *caput*, em que pese aponte os eventos que pretende viabilizar, não determina de forma objetiva as obras que são inerentes a tais eventos. Ao fazê-lo, confere margem de discricionariedade excessiva ao administrador, podendo este aplicá-la às obras que oportunamente entender necessárias, prejudicando totalmente a impessoalidade.

Essa prática, na lição de Marício Zockun³⁰, configura verdadeira “*lesão aos princípios da (i) **moralidade** (ao permitir que o Administrador, fiado em critérios subjetivos — mas sob*

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 263

²⁹ Zockun, Maurício. **Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República** In .Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 942-943). Editora Fórum. Edição do Kindle.

³⁰ *Op. Cit.*

o conveniente manto da objetividade —, opte por submeter certas relações ao Regime Diferenciado de Contratações e outras ao regime geral de licitações)”

Nos dizeres do PGR, expostos na ADI 4.655³¹:

Verifica-se, portanto, que a transferência, ao Executivo, da definição do regime jurídico da licitação pública, sem quaisquer critérios preordenados na lei, além de ofensa ao artigo 37, XXI, da CR, **conspira contra os princípios da impessoalidade, da moralidade**, da probidade e da eficiência administrativa.

A Constituição fundamenta o regime democrático e a forma republicana de governo na sociedade brasileira. Tais elementos inspiram-se em princípios que sintetizam e orientam esses valores, ideais de sociedade. Assim sendo, a lesão ao texto constitucional termina por ferir também os princípios que orientaram sua formação.

Como se vê, as ilegalidades perpetradas por esse regime licitatório são severas, motivo pelo qual ferem princípios fundamentais, culminando, fatalmente, em inconstitucionalidades, razão pela qual passa-se a esse estudo.

3.2 DAS INCONSTITUCIONALIDADES

As inconstitucionalidades atribuídas à Lei 12.462/11 são tanto formais quanto materiais. Vale dizer, referem-se tanto aos requisitos essenciais ao seu processo de formação (formal), quanto se relacionam substancialmente com o objeto trazido no bojo de seu texto (material). Mais ainda, ou desrespeitam as formalidades prescritas para a elaboração da lei ou contrariam expressamente as disposições textuais da Constituição.

Encabeçando o rol das inconstitucionalidades formais, pode-se citar primeiramente o vício havido no processo legislativo através do qual o RDC ganhou vida no ordenamento jurídico brasileiro. Em uma manobra questionável, aproveitou-se a edição da Medida Provisória nº 527 para nela se fazer incluir o Regime Diferenciado de Contratações. Cabe, nesse ponto, destacar a frustração ao amplo debate que deveria preceder sua aprovação no parlamento, tolhendo o núcleo essencial das atribuições do Poder Legislativo, configurando imoralidade irremediável.

Com isso, usurpou-se competência exclusiva do Chefe do Executivo, único legitimado a deflagrar a medida provisória e avaliar os assuntos que nela serão veiculados, assim como para aferir a presença dos requisitos de relevância e urgência, autorizadores da expedição

³¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>. Acesso: 05.10.2018

dessa espécie normativa (Art. 62, CRFB/88). Tal procedimento, em última análise, revela-se inconstitucional também por afrontar o princípio da separação dos poderes, insculpido no Art. 2º, da CRFB/88.

Impende esclarecer que a violação não está no fato de terem sido feitas emendas ao texto da MP 527/11 - que se transformaria na Lei 12.462/12 -, o que é permitido no ordenamento constitucional vigente (Art. 62, §12, CRFB/88). Mas sim na incongruência lógica que há entre o texto inicial e o teor das emendas, desrespeitando a necessária pertinência temática, assente na jurisprudência e na doutrina. Confira-se parte das alegações do Procurador-Geral da República na ADI 4.655:

Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação dos Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, **estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República - o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via.** Não é por outra razão que a Resolução nº 1, de 1989-CN, que “*dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal*”, estabelece expressamente em seu art. 4º, §1º, ser “*vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória*” (grifou-se)

Isso explica o porquê de a Lei 12.462/11 ser demasiado heterogênea, ou seja, tratar de assuntos os mais diversos, isto é, que de fato, não guardam nenhuma pertinência temática.

No mesmo sentido, são abordados vícios de inconstitucionalidade formal também na ADI 4.645³², ajuizada pelo Partido da Social Democracia do Brasileira (PSDB), Democratas (DEM) e Partido Popular Socialista (PPS). Estes autores vão mais além, alegando, *a priori*, que mesmo a matéria inicialmente contida na MP 527/11 é indevida (Organização da Presidência da República e Ministérios, entre outras providências meramente burocrático-administrativas), de modo que não se podem considerar relevantes e urgentes. Pleiteiam, assim, a inconstitucionalidade da MP em si mesma e, por via de consequência, do RDC.

A inicial afirma, ainda, a ocorrência de “abuso do poder de legislar”, perpetrado pelo relator da MP 527/11 no momento de sua apreciação no Congresso Nacional. Aduz que “*tal artifício procedimental tem implicações diretas no plano constitucional e consequências práticas severas para atuação do Poder Legislativo.*” E avança:

É o legitimado para o exercício do direito de iniciativa a quem cabe julgar a oportunidade e conveniência de submeter certo tema ao escrutínio legislativo. As

³²Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>. Acesso 05.10.2018

emendas, no regime constitucional de 1988, **não têm o condão de inovar quanto à matéria ou ao tema** a ser regulado pela proposição legislativa. Se modificativas, podem alterar o sentido daquilo que se regulamenta, mas não o tema objeto de regulamentação.

Essa inserção, de maneira transversa, de matéria estranha ao texto originário, em projeto de conversão de medida provisória em lei, foi cognominada pelo Supremo Tribunal Federal³³ (STF), em julgamento de ação similar, **contrabando legislativo**.

Ademais, doutrina e jurisprudência há muito são pacíficas no sentido de que “*A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade*” (ADI 2.867, Rel Ministro Celso de Mello, DJ de 09/02/2007)³⁴. Portanto, não há qualquer possibilidade de recepcionar o ato no ordenamento jurídico, pois padece de irrefutável inconstitucionalidade.

No que toca às **inconstitucionalidades materiais**, ou vícios de conteúdo, ambas as ADIs sob exame atacam pontos nevrálgicos da Lei 12.462/11 que despem o RDC de viabilidade jurídica. A redação aberta dos Arts. 1º e 65, conferindo liberdade excessiva para o administrador aplicar, ao seu bel prazer, o regime diferenciado a contratações de obras e serviços, é apontada como apta a propiciar conluíus e direcionamentos. Com essas práticas, padecem mais uma vez os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

As alegações são as mais diversas, pontuando que não se fixam parâmetros mínimos para aferição da necessária aplicação do RDC, concedendo ao Executivo desproporcional poder de decisão, delegando-lhe verdadeira função legislativa.

A licitação passa a ser definida por meio de mero ato administrativo, violando a legalidade estrita que se deve observar nesse caso. Isso configura enorme risco ao erário, uma vez que dá margem a desvios de finalidade capazes de depreciá-lo.

Nas palavras consignadas pelos partidos políticos autores, no bojo da ADI 4.645, é possível ler:

(...) a exigência do processo licitatório é um corolário dos princípios da **moralidade** e da isonomia, fundamentos basilares das atividades públicas. Em outras palavras, as regras licitatórias existem para assegurar isonomia e **moralidade** nas contratações públicas, restringindo o espaço de discricionariedade da Administração Pública.

Como se vê, o alargamento da discricionariedade administrativa dificulta o controle dos atos praticados, dando espaço para conveniências que não as públicas. Não sem razão,

³³ Informativo STF nº 803, de 13 a 16 de outubro de 2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo803.htm>. Acesso: 15.10.2018.

³⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=404096>. Acesso: 15.10.2018.

portanto, são os ataques aos dispositivos que, em termos práticos, dão um verdadeiro “cheque em branco” aos gestores públicos no que diz respeito à eleição do regime licitatório a ser aplicado em cada obra ou serviço.

O **sigilo do orçamento**, previsto no Art. 6º da Lei 12.462/11, é também ponto de inconstitucionalidade no RDC. Por óbvio, fala-se imediatamente na sua afronta ao princípio constitucional da publicidade.

Em um Estado Democrático de Direito, cuja forma de governo é a república, estima-se uma sociedade organizada e fiscalizadora dos atos públicos. Com o fito de possibilitar esse salutar controle social, a Constituição, além de munir o cidadão com instrumentos aptos a tal mister, faz da publicidade e da transparência a regra no que diz respeito aos atos do poder público. Por essa razão, a norma contida no Art. 6º causa estranheza, pois vai na contramão de todo o exposto. Com efeito:

Art. 6º 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.

(...)

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter **sigiloso** e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Conforme a sustentação da ADI 4.645, a questão é mais complexa, pois já que não se dará publicidade do ato, pode-se também tratar como desnecessário o dever de motivação dos atos administrativos. Com firmeza, as entidades partidárias autoras seguem argumentando:

De acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria Constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana, qualquer disposição que venha em sentido oposto.

Portanto, depreende-se que o orçamento sigiloso fragiliza as aspirações democráticas do Estado brasileiro, além de, em última análise, incidir em inconstitucionalidade.

No que tange à **contratação integrada**, a inconstitucionalidade se relaciona principalmente com a dispensa de apresentação de projeto básico para as obras e serviços de engenharia. Ocorre que o projeto básico de engenharia, nos termos praticados antes do RDC, isto é, conforme a Lei 8.666/93 é o *conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e*

do prazo de execução (Art. 6º, IX, da Lei 8.666/93). Além disso, deve conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Somente de posse do projeto básico, fixado o objeto a ser contratado, é possível fixar também critérios objetivos de julgamento e de comparação entre as propostas, de modo a optar, por fim, por aquela que se afigure a mais vantajosa para a Administração. Nesse contexto, Jessé Torres Pereira Júnior³⁵, com fulcro no Art. 7º, §2º, I, da Lei 8.666/93, chega a afirmar que o projeto básico é *ato-condição* da deflagração do certame licitatório.

Por outro lado, na lógica licitatória do RDC, fala-se apenas na necessidade de um anteprojeto, que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço (Art. 9º, §2º, I, da Lei 12.462/11). Diferentemente, deve apenas incluir:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

Do comparativo proposto, vê-se a fragilidade com relação à fixação do objeto para obras e serviços de engenharia no âmbito do RDC. Essa é a linha de raciocínio argumentativa de que se vale o PGR na ADI 4.655, afirmando que permitir ao particular elaborar o projeto básico é equivalente a contratar sem conhecer o objeto. Pensamento que encontram guarida doutrinária e dialoga com as palavras de Renato Monteiro de Rezende³⁶:

³⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentário à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 105.

³⁶ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462 de 2011**. Textos para discussão, n.º 100, p. 47

No regime da contratação integrada, leva-se ao extremo a ideia de flexibilização da identificação do objeto da licitação, levando o regime para o campo da **inconstitucionalidade**, porque não se tem no referido regime objeto definido e apto a ser licitado, a servir de parâmetros para propostas diversas que possam ser objetivamente comparáveis. Ou seja, não se tem a definição do objeto contratável.

Tudo isso configura uma grave lesão à ideia de republicanismo, pois que é o contratado quem, após celebrado o contrato, elaborará o projeto básico. É o administrador quem dirá que anteprojeto melhor se coaduna com o objeto pretendido, sendo que tal objeto não se encontra claramente delimitado. É um ambiente sombrio, propenso a favorecimentos ou dificuldade e, por isso, notadamente afeito à impessoalidade e imoralidade. Por fim, não bastasse toda essa problemática que permeia o regime de execução em comento, orienta a lei que lhe seja dada preferência sobre os demais (Art. 8º, §1º).

Há também inconstitucionalidade que paira sobre a possibilidade de **remuneração variável** aos contratados. Isso se deve, mais uma vez, à exorbitante discricionariedade que se dá ao administrador público com o uso de conceitos jurídicos abertos. De fato, segundo o Art. 10 da Lei 12.462/12, *na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.*

Como se pode notar, tais conceitos serão fixados no instrumento convocatório à conveniência da administração pública. Novamente ter-se-á ambiente vulnerável a direcionamentos do contrato a particulares específicos. Consoante a ADI 4.645:

Não é condizente com os princípios da **moralidade** administrativa e da **impessoalidade** deixar ao gestor público a opção sobre os valores a serem pagos aos contratados. Decerto que esse mecanismo, em lugar de estimular a eficiência dos contratos, fomentará relações promíscuas entre o público e o privado

Outro ponto problemático é um dos procedimentos auxiliares da licitação, chamado pré-qualificação permanente. Consiste na busca por fornecedores que reúnam condições de qualificação e produtos que atendam às exigências técnicas e de qualidade, que se faz em momento anterior ao certame licitatório.

Vale salientar que a pré-qualificação já era regulamentada pela Lei 8.666/93, tendo o RDC, com sua lógica relativizadora e generalista, aberto essa possibilidade indiscriminadamente. Como denuncia o Procurador-Geral da República:

pré-qualificação disciplinada pela Lei 8.666, que, em seu art. 114, a admite apenas quando “o objeto da licitação recomende análise mais detida de qualificação técnica dos interessados”. Já na hipótese da Lei 12.462, a pré-qualificação é prevista para qualquer situação que envolva fornecimento de bem e execução de serviço e obra. Ou seja, **não há aqui qualquer caráter de excepcionalidade**, o que permite concluir pela possibilidade concreta de **lesão à ampla competitividade** que deve nortear as licitações.

A promoção da competitividade é o que propicia a contratação mais vantajosa para a administração pública. Com efeito, quanto mais licitantes atenderem ao instrumento convocatório do certame, para que se sajam vencedores, menores tendem a ser os preços e maior a qualidade de suas propostas. Esse é o ambiente ideal para que o administrador possa optar pela melhor proposta, devendo, portanto, fomentá-lo. Com a utilização desse expediente, a administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados (Art. 30, §2º, Lei 12.462/12).

Em acórdão bastante elucidativo, o TCU³⁷ alerta para o potencial ofensivo da pré-qualificação ao interesse e patrimônio públicos. Vale frisar que a análise feita refere-se à aplicação desse procedimento nos termos da Lei 8.666/93, mas, por ser o mesmo instituto, amolda-se perfeitamente ao RDC:

Apesar de a pré-qualificação já caracterizar a fase externa da licitação, quando da publicação do primeiro edital, as **regras da concorrência** futura (Edital Fase II) não são apresentadas à licitantes, **tampouco encontram-se elabora**. Em se tratando de concorrência de técnica e preço, o tipo mais comum nas últimas licitações da estatal, os **critérios de julgamento** da proposta técnica e da proposta de preços somente somente são **definidos após o conhecimento das correntes** habilitadas (resultado da Fase I). Também merece abordagem o fato de que o **projeto básico** e da obra e a respectiva **planilha orçamentária** somente são **divulgados** na segunda fase da licitação (Edital Fase II), ou seja, **após definidas as concorrentes** habilitadas.

Diante da fragilidade exposta, não há como não se imaginar casos de direcionamento e conluio entre participantes e administrador, o que, mais uma vez, recai no desrespeito aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Por fim, registre-se que o RDC, ao retirar da pré-qualificação o caráter de excepcionalidade, devassou as hipóteses de aplicação de tal instituto.

Por último, mas não menos importante, o PGR aponta a inconstitucionalidade por ferimento aos patrimônios ambiental e cultural, contrariando diretamente a disposição expressa dos arts. 215, 216 e 225, §1º, IV, da CRFB/88 . Especificamente em relação a este último dispositivo, ocorre que o Art 4, §2º, da Lei 12.462/12, no seu constante ímpeto

³⁷ Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/1415020077.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso: 16.10.2018.

relativizador, abdica dos procedimentos estabelecidos na constituição e na legislação regedora da espécie para apenas exigir *mitigação por condicionantes e compensação ambiental* em face das obras que se quer ver implantadas. Para uma melhor compreensão, vale trazer à tona as definições dos mecanismos apontados pela lei como aptos a restabelecer o equilíbrio comprometido pelas obras:

As **condicionantes** são uma série de **compromissos** que o empreendedor e o Governo Federal assumiram com o órgão ambiental federal (Ibama) para obter e manter a autorização do empreendimento, garantindo a sustentabilidade ambiental do empreendimento³⁸.

A **compensação ambiental** é um mecanismo financeiro que visa contrabalançar os impactos ambientais previstos ou já ocorridos na implantação de empreendimento. É **uma espécie de indenização** pela degradação, na qual os custos sociais e ambientais identificados no processo de licenciamento são incorporados aos custos globais do empreendedor³⁹.

De posse de tais conceitos, decorre o quão menores são as exigências feitas pelo RDC quando comparadas com a sistemática constitucional vigente. Por isso, assevera o *parquet*, ainda na peça inaugural da ADI 4.655, a necessidade de atendimento às disposições mais rígidas, constantes do texto da Constituição. Em tom de advertência acerca do perigo causado pelo abrandamento das exigências constitucionais, arremata:

O **estudo de impacto ambiental**, previsto no art. 225, §1º, IV, da CR é o instrumento adequado para se **avaliar a extensão do dano** e, mediante **ponderação de interesses**, decidir-se **se é possível e conveniente a realização** da obra ou da atividade, e as **condições** em que se desenvolverão.

Toda essa lógica não se restringe ao patrimônio ambiental, podendo ser estendida também aos danos ao patrimônio histórico, cultural. Do contraste entre as sistemáticas expostas, tais dispositivos podem, portanto, ser compreendidos como escondendo em seu texto interesses que não exclusivamente públicos, uma vez que permitem lesões aos patrimônios cultural e ambiental, mediante compensações, mecanismo que apenas interessa ao empresariado, ao grande capital apto a, por meio de indenizações, “comprar” quotas de meio ambiente e fatias de história e cultura (Art. 4º, §1º, I e §2º).

³⁸ Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/entenda-o-que-sao-as-condicionantes-que-envolvem-a-construcao-da-hidreletrica-de-belo-monte>. Acesso: 25.10.2018.

³⁹ Disponível em: <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28899-o-que-e-a-compensacao-ambiental>. Acesso: 25.10.2018.

CONCLUSÃO

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas infringe os princípios administrativos pátrios que informam toda a Administração Pública e devem conformar, consequentemente, a atuação do administrador público. São abundantes os momentos em que os mandamentos da Lei 12.462/11, sob a alegação de busca à eficiência e à celeridade, prejudicam a transparência que é inerente à democracia e ao republicanismo e, assim, impedem o alcance do interesse público.

Os princípios administrativos têm indiscutível importância e são de necessária observância, devendo não só o administrador público, mas qualquer agente estatal submeter-se a eles como forma de garantia a uma atuação proba e justa. Assim, não se pode afastar tais princípios, por mais prementes que sejam as necessidades da administração, pois isso já é terreno fértil para desvios e ilegalidades.

O RDC trouxe à tona um novo regime licitatório, cheio de institutos e inovações que seriam os únicos capazes de possibilitar a implantação tempestiva da infraestrutura afeita aos eventos que tinha por objeto (Copa do Mundo, Copa das Confederações e Jogos Olímpicos), até os dias de hoje causa polêmica. Antes mesmo de adentrar ao seu objeto, a forma de sua inserção no mundo jurídico já exaure qualquer possibilidade de que prospere, uma vez que fora fruto de imoral processo de inserção em projeto de conversão de medida provisória em lei, aniquilando o debate político sobre o tema.

Danoso é esse expediente, infelizmente utilizado em outros momentos pelo Legislativo brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal deu-lhe o nome de *contrabando legislativo*. Dessa maneira, ainda que o Poder Judiciário venha a entender pela constitucionalidade formal da lei, enxergando que ela cumpriu todos os requisitos previstos pelo regular processo legislativo brasileiro, o RDC recairá novamente na vala da imoralidade, ferindo, desde sua gênese, tal princípio.

Restou evidente que há um *lobby* empresarial e até mesmo governamental no sentido de que este regime venha a se tornar não a exceção, mas a regra, no que pertine ao processo licitatório, o que fica ainda mais patente ao se observarem as alterações em seu objeto, alargando material e temporalmente a incidência da Lei 12.462/11. Isso se deve à liberdade e até mesmo conveniência que o regime diferenciado confere aos agentes públicos, seus operadores, em alguns casos, manipuladores, algozes da impessoalidade.

Tamanhas são as agressões aos princípios da administração pública que ultrapassam esse campo e chegam a atingir a inconstitucionalidade. Por esse motivo, foram propostas as ADIs 4.645 e 4.655, bases do presente escrito, sendo a primeira em 26/08/11, pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS e a segunda em 09/09/11, pelo PGR. Ambas de relatoria do Ministro Luiz Fux, curiosamente, ainda não foram julgadas.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª.Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8ªEd., São Paulo: Atlas, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ªEd. São Paulo: Atlas, 2012.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6ªEd. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ªEd. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6ªEd. São Paulo: Método, 2018.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentário à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas:comentários à lei 12.462 de 2011**. Textos para discussão, n.º 100
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-publicidade>. Acesso: 15.08.2018

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações**. In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 448-449). Editora Fórum. Edição do Kindle.

AURÉLIO, Bruno. **A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 2773). Editora Fórum. Edição do Kindle.

BRIANI JÚNIOR, Percival José. **Convocatórios das licitações pelo RDC, dos modos de disputa e dos critérios de julgamento**. In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 3176-3177). Editora Fórum. Edição do Kindle.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Comentários aos artigos 27 e 28 da Lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.581/11** In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 4270). Editora Fórum. Edição do Kindle.

ZOCKUN, Maurício. **Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República** In Justen Filho, Marçal; Pereira, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratações públicas (rdc): comentários à lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581 (atualizados pela lei n. 12.980 e pelo decreto n. 8.251, de maio de 2014) (Locais do Kindle 942-943). Editora Fórum. Edição do Kindle.

Informativo STF nº 803, de 13 a 16 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo803.htm>. Acesso: 15.10.2018.

Instituto Socioambiental. **Entenda o que são as condicionantes que envolvem a construção da hidrelétrica de Belo Monte**. 2014. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/entenda-o-que-sao-as-condicionantes-que-envolvem-a-construcao-da-hidreletrica-de-belo-monte>. Acesso: 25.10.2018.

Associação O Eco. **O que é a Compensação Ambiental?**. 2015. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28899-o-que-e-a-compensacao-ambiental/>. Acesso: 25.10.2018

Decreto 1.171/94. **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1171.htm. Acesso: 13.08.2018.

Decreto 7.746/12. **Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/decreto/D7746.htm Acesso: 02.09.2018.

Lei 8.429/92. **Lei de Improbidade Administrativa.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso: 05.09.2018.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Rel Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>. Acesso: 05.10.2018.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655. Rel Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>. Acesso: 05.10.2018.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.867. Rel Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=404096>. Acesso 15.10.2018.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 15.08.2018.

Lei 8.666/93. **Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso: 20.08.2018.

Lei 12.462.12. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso: 28.08.2018.

Do ecodesenvolvimento ao conceito de desenvolvimento sustentável no Relatório Brundtland, da ONU, documento que coloca temas como necessidades humanas e de crescimento econômico dos países, pobreza, consumo de energia, recursos ambientais e poluição. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/ecodesenvolvimento-conceito-desenvolvimento-sustentavel-relatorio-brundtland-onu-crescimento-economico-pobreza-consumo-energia-recursos-ambientais-poluicao.aspx>. Acesso: 28.08.2018.

TC 014.150/2007-7 - Acórdão 807/2008 – Plenário. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1415020077.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso: 16.10.2018.