



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
CURSO DE DIREITO

FRANCISCO CARLOS ARAGÃO ALVES

**ANÁLISE COMPARATIVA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO
CONCORRÊNCIA E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UM ESTUDO DE CASO NO DEPARTAMENTO NACIONAL DE
INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES**

PALMAS-TO
2019

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
CURSO DE DIREITO**

FRANCISCO CARLOS ARAGÃO ALVES

**ANÁLISE COMPARATIVA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO
CONCORRÊNCIA E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UM ESTUDO DE CASO NO DEPARTAMENTO NACIONAL DE
INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES**

Monografia apresentada para o Curso de Direito, da Universidade Federal de Tocantins, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Renata Rodrigues de Castro Rocha

PALMAS-TO

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

- A474a Alves, Francisco Carlos Aragão.
 Análise Comparativa das Modalidades de Licitação Concorrência e Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Um Estudo de Caso no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. / Francisco Carlos Aragão Alves. – Palmas, TO, 2019.
 50 f.

 Monografia Graduação - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2019.
 Orientadora : Renata Rodrigues de Castro Rocha

 1. Licitações Públicas. 2. Regime Diferenciado de Contratações. 3. Orçamento Sigiloso. 4. Contratação Integrada. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

FRANCISCO CARLOS ARAGÃO ALVES

**ANÁLISE COMPARATIVA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO
CONCORRÊNCIA E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UM ESTUDO DE CASO NO DEPARTAMENTO NACIONAL DE
INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES**

Este trabalho foi julgado adequado para
obtenção do título de bacharel em Direito e
aprovado em sua forma final pela banca
examinadora abaixo constituída:

BANCA EXAMINADORA



Presidente: Professora Doutora Renata Rodrigues de Castro Rocha
Universidade Federal do Tocantins



Professora Doutora Aline Sueli de Salles Santos
Universidade Federal do Tocantins



Professora Doutora Suyene Monteiro da Rocha
Universidade Federal do Tocantins

Palmas-TO, 27 de novembro de 2019

Dedico este trabalho aos meus pais e esposa pelo apoio e incentivo durante essa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a minha família, aos colegas de trabalho, aos professores e técnicos desta Instituição pela compreensão e suporte nessa conquista.

RESUMO

Tendo como fundamento a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014 no Brasil, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), criado através da Lei nº 12.462/2011, estabeleceu novas regras de licitação e contratos administrativos com a finalidade de trazer maior rapidez e economicidade para a Administração Pública em suas contratações. A partir disso, a presente monografia estuda formas de licitação, seus princípios norteadores, questões suscitadas acerca da inconstitucionalidade do RDC e da possibilidade de maior impacto ambiental com a sua utilização, analisa as suas principais inovações jurídicas e seus impactos em processos licitatórios realizados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) entre os anos de 2012 e 2014. Conclui ser necessário amplo debate em torno de inovações jurídicas e pela eficiência do regime de execução por meio da contratação integrada, como também pela insegurança jurídica ocasionada pelo uso do orçamento sigiloso.

Palavras-chave: Licitação. Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Contratação Integrada. Orçamento Sigiloso. DNIT.

ABSTRACT

Taking as a basis the holding of the Olympic Games and Paralympic Games in 2016 and the FIFA World Cup 2014 in Brazil, the Differentiated Regime of Contracting (DCR), created by Law No. 12.462/2011, laid down new rules for public procurement and administrative contracts, with the aim of bringing greater speed and at a low cost to the Public sector in its procurement. From this point on, this dissertation studies the forms of the bidding process, its guiding principles, questions raised about the constitutionality of the RDC, and the possibility of increased environmental impact from its use, and analyzes the main innovations in the legal and its impact on the procurement processes carried out by the National Department of Transport Infrastructure (NDTI) in between the years of 2012 and 2014. And concluded that it is necessary for the broad discussion of innovations in the entities and the efficiency of the enforcement system, by integrated hiring, as well as by the uncertainty caused by the use of the secret budget.

Keywords: Bidding. Differentiated Regime of Contracting (DCR). Integrated Hiring. Secret Budget. NDTI.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Editais de Regime Diferenciado de Contratações	42
Quadro 2 – Editas de Concorrência	42
Tabela 1 – ITC em Regime Diferenciado de Contratações	43
Tabela 2 – ITC em Concorrência	43
Tabela 3 – IDC em Regime Diferenciado de Contratações	44
Tabela 4 – IDC em Concorrência	44

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ART	Artigo
BRT	Bus Rapid Transport
CF	Constituição Federal
CREMA	Contrato de Recuperação, Restauração e Manutenção de Rodovias
DCR	Differentiated Contracting Regime
DEM	Partido Político Democratas
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
FIFA	Federação Internacional de Futebol Associação
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
LP	Licença Prévia
MP	Medida Provisória
PAC	Programa de Aceleração ao Crescimento
PÁG	Página
PPS	Partido Popular Socialista
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
RDC	Regime Diferenciados de Contratações
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TO	Tocantins

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO	14
3	PRINCÍPIOS ESSENCIAIS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES.....	16
3.1	Princípio da Legalidade	16
3.2	Princípio da Impessoalidade	17
3.3	Princípio da Moralidade e da Probidade	18
3.4	Princípio da Igualdade ou Isonomia.....	18
3.5	Princípio da Publicidade.....	20
3.6	Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo....	20
4	DISCIPLINAS NORMATIVAS.....	22
4.1	Lei n° 8.666/1993.....	23
4.2	Lei n° 10.520/2002.....	24
4.3	Lei n° 12.462/2011	25
4.4	Inovações Jurídicas	27
4.4.1	Orçamento Sigiloso.....	31
4.4.2	Contratação Integrada	32
4.5	Meio Ambiente	34
4.6	Possível Inconstitucionalidade	36
5	APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES NO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES	38
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
7	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A licitação é o meio pelo qual a Administração Pública direta e indireta utiliza para celebrar contratos de serviços, compras, obras, concessões, permissões e alienações. É regida por princípios próprios, como por exemplo, o da legalidade; da impessoalidade; da moralidade e da probidade; da igualdade ou isonomia; da publicidade; da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

As legislações que, a priori regulamentaram a respeito da licitação e do pregão, foram as Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, respectivamente, criadas com fundamento nos princípios supramencionados.

Entretanto, com o advento dos grandes eventos esportivos sediados em nosso país, tais como, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol – FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, editou-se a Medida Provisória nº 527/2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.462/2011, cuja finalidade era instituir uma nova e mais célere modalidade de licitação objetivando ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes.

Conhecida desde o seu nascimento pela sigla RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas, foi instituída em nosso ordenamento jurídico para definir um procedimento específico de licitação e instrumentalização para contratos necessários à realização desses eventos.

Ressalta-se que o seu objeto inicial se restringia às contratações de grandes obras de infraestrutura de transportes, a exemplo, de ampliação de aeroportos, implantação de metrô e bus rapid transport – os BRT's e das instalações necessárias à realização dos já mencionados eventos esportivos, vide, os estádios de futebol construídos.

O RDC trouxe diversas inovações jurídicas, dentre as quais, a possibilidade de contratação integrada, a qual compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução das 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.

A referida norma causou entre os juristas uma enorme discussão pelas disposições ali estabelecidas. Parte daqueles que sobre a lei se debruçaram, defende

a revogação parcial de seus dispositivos e, outra parte, sua revogação total, em virtude de sua possível inconstitucionalidade.

Apesar disso, a citada lei já sofreu diversas alterações que culminaram na ampliação do seu escopo de atuação. Pouco menos de um ano após a sua entrada em vigor, a Lei nº 12.688/2012 incluiu neste regime as contratações necessárias ao cumprimento das ações integrantes do Programa de Aceleração ao Crescimento (PAC).

Nessa esteira, a Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012, estabeleceu que o RDC também se aplicasse a obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

A Lei nº 13.190/2015, por sua vez, elencou o Regime Diferenciado de Contratação como modalidade a ser aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Pontua-se, ainda, que a Medida Provisória nº 630/2013 abordou que as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, adotará as regras contidas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e observa-se que a Lei nº 12.980/2014 incluiu, em definitivo, as áreas acima elencadas no artigo 1º da Lei nº 12.462/2011.

Observam-se críticas à referida legislação que, de certo modo, ao exigir a adoção desse regime de contratação pela Administração Pública, deixa automaticamente de se utilizar do regramento contido na Lei Geral de Licitações. Isso porque, com a adoção daquela, a utilização desta ocorrerá de forma subsidiária, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Desse modo, é necessário destacar as mudanças que a lei em comento trouxe de inovação para as contratações contraídas pela Administração Pública, dentre as quais, se diferem daquelas trazidas pela Lei nº 8.666/1993: preferência pela forma eletrônica; disputa aberta; inversão de fases de licitação; contratação integrada, onde não há necessidade de projeto básico prévio; prazos diferenciados; diferimento da publicidade do orçamento estimado pela Administração Pública; entre outras.

Com isto, surgem no ordenamento jurídico vigente regimes distintos de contratação, os quais serão objeto de estudo pelo presente trabalho. Ressalta-se que, existem em tramitação duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), a de nº 4.655/2011, ajuizada pelo Ministério Público Federal sob alegação de supostos vícios

materiais e suposta inconstitucionalidade formal por, em tese, ter sido fruto de eventual abuso ao poder de impor emendas ao projeto de lei original pelo Poder Legislativo e a de nº 4.645/2011, ajuizada pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, a qual também se pauta pela citada inconstitucionalidade formal.

2 A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO

A Administração Pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta pelos seus órgãos e agentes. Por esta razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas físicas ou jurídicas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a seleções impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

A exigência de um procedimento licitatório busca contornar esses riscos, por ser um procedimento que antecede o próprio contrato, através do qual várias pessoas podem concorrer em igualdade de condições e a Administração Pública pode optar pela proposta mais vantajosa, além de se pautar na busca pelo desenvolvimento nacional.

Dessa forma, a licitação é um procedimento administrativo prévio às contratações públicas, realizado em uma série concatenada de atos, legalmente constituídos, culminando na celebração do contrato. Não é outro o entendimento adotado, pela melhor doutrina de Carvalho Filho:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. (2018, p. 300).

Em regra, todas as vezes que a Administração Pública precisar celebrar contratos, ela o fará mediante prévia licitação. Apesar de o próprio ordenamento jurídico elencar exceções passíveis de dispensa e inexigibilidade, ainda sim, cabe ao administrador público zelar pela proposta mais justa e adequada às necessidades do interesse público.

Com isto a Administração viabiliza a melhor contratação possível para o poder público, sempre buscando a proposta mais vantajosa para o Estado, bem como

permite que qualquer pessoa tenha condições de participar de tais contratações, desde que preencha os requisitos legais. Nesse sentido, pontifica Carvalho Filho:

Avulta, ainda, a qualificação do procedimento. Tratando-se de ordenada sequência de atividades, a licitação é procedimento vinculado no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente (art. 41, Lei nº 8.666/1993). Somente assim estará salvaguardando o direito dos interessados e a probidade na realização do certame. Aliás, esse é um dos aspectos decorrentes do princípio da probidade administrativa, princípio inscrito no art. 3º do Estatuto dos Contratos e Licitações. (2018, p. 311).

Logo, tem-se que a Administração Pública através da licitação sempre almeja a satisfação do interesse da coletividade ao garantir contratos mais vantajosos à Administração, bem como a isonomia entre os participantes das contratações públicas.

Destaca-se que tais contratos, denominados por contratos administrativos, se diferem dos contratos celebrados entre particulares no que cerne a igualdade contratual, haja vista estes serem regidos pelas normas de direito público, apresentam uma característica singular, qual seja, a possibilidade de haver tratamento desigual entre a administração que atua com prerrogativas em relação ao contratado.

Pietro (2018, p. 100) assevera que “no contrato administrativo, a administração age como poder público, com poder de império na relação jurídica contratual; não agindo nessa qualidade, o contrato será de direito privado”. Em outras palavras, a Administração Pública pode celebrar tanto contratos regidos, predominantemente, pelo direito privado atuando em igualdade de condições em relação a outra parte, como também aqueles regidos pelo direito público, nos quais poderá fazer uso de suas prerrogativas.

Os contratos de direito público, repisa-se, conhecidos como contratos administrativos, seguem as regras de direito público, com aplicação apenas supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, conforme dispõe o artigo 54, caput, da Lei nº 8.666/1993, a seguir:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta **Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público**, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (BRASIL, 1993, sem grifo no original).

Os contratos administrativos são manifestações de vontade entre duas ou mais pessoas, visando à celebração de determinado negócio jurídico, com a participação do poder público, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando sempre à persecução de um fim coletivo.

As prerrogativas conferidas à Administração Pública, previstas no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993, são chamadas de cláusulas exorbitantes e se encontram presentes implicitamente em todos os contratos administrativos com a finalidade de conceder garantias ao poder público contratante.

Vale consignar ainda que as referidas cláusulas exorbitantes não se aplicam aos contratos privados celebrados pelo Poder Público, salvo em situações excepcionais, caso em que, deverão estar expressamente definidas no instrumento contratual.

3 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES

A palavra “princípio” vem do latim “principium” a qual significa início, começo, origem das coisas. Bonavides (2002) explica que os princípios servem como critério de inspiração às leis ou normas concretas e, de outra banda, de normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis. Elucida, outrossim, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Os princípios, as regras e os valores são espécies de norma, do qual esta, é o gênero, como caracteriza Espindola (2002). Portanto, são considerados o elemento central da ordem jurídica, exatamente por representarem valores da comunidade, sendo, hodiernamente, a sua característica mais marcante a normatividade.

3.1 Princípio da Legalidade

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Em outras palavras, a obrigação em agir de determinada maneira somente será imposta aos cidadãos em geral diante de previsão legislativa. No entanto, tal dispositivo quando aplicado à atuação do gestor público, além da obrigação de agir estritamente tal como consta em normas constitucionais, princípios, leis, portarias, instruções normativas e demais instrumentos que compõem o arcabouço jurídico de sua atuação, não lhe cabe tomar atitudes não proibidas legalmente. Desse modo, a atuação do gestor público, ao realizar procedimentos

licitatório, deve ser processada na forma da Lei, sem nenhuma interferência pessoal da autoridade.

Disciplina Pietro acerca da importância do princípio em comentário:

O Princípio da Legalidade, [...] é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei n.º 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei. (2002, p. 304).

Trata-se de um dos princípios mais importantes, do qual, decorrem os demais. Neste prisma, a atuação do agente público e da Administração dar-se-á exclusivamente se houver alguma previsão legal, ou seja, todos os atos administrativos efetivados além do permissivo positivado, caso não sejam discricionários, serão considerados ilegais.

3.2 Princípio da Impessoalidade

Este princípio proíbe que a Administração em sua atuação pratique atos visando interesses pessoais ou se subordinando à conveniência de qualquer indivíduo, impondo que a atuação dos agentes públicos respeite os ditames legais e, essencialmente, aos interesses sociais.

Segundo Alexandrino e Paulo (2009), ao versarem sobre o tema, ponderam que a atuação da Administração Pública precisa ser revestida de impessoalidade a fim de evitar que interesses do agente público ou de terceiros pautem seus atos os quais devem se ater tão somente à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência.

É o que se depreende da leitura do parágrafo primeiro do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual veda a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
§1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, **dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.** (BRASIL, 1988, sem grifo no original).

O objetivo de tal dispositivo é impedir as formas de favorecimento ou promoção pessoal daqueles investidos em cargos públicos por ocasião de suas atividades ou funções desenvolvidas na Administração Pública, devendo sua atuação ocorrer de forma objetiva, imparcial e neutra, com olhos voltados à finalidade pública precípua a que se propõe, isto é, o interesse da coletividade.

3.3 Princípio da Moralidade e da Probidade

Do Princípio da Moralidade, elecado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, decorre a própria probidade administrativa. Exige-se do administrador público a prática de atos administrativos, além de se encontrarem em estrito acordo ao ordenamento jurídico, dotados de moral, bom senso e justiça. Nesse sentido é o ensinamento de Pietro:

A Lei 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo [...]. (2002, P. 305).

A Lei nº 8.429/1992 apresenta a definição de improbidade administrativa e, dessa maneira, é possível correlacionar com maior facilidade as licitações à probidade, verificando-se inclusive, na própria Lei mencionada, dispositivos aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos improbos em procedimentos licitatórios.

Em síntese, têm-se que a moralidade designa que a licitação deverá ser realizada em estrito cumprimento dos princípios morais, com supedâneo na Lei e que através da probidade administrativa, o gestor deve ser honesto e cumprir com todos os seus deveres.

3.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia

Por igualdade ou isonomia, tem-se que é indispensável que seja garantido um tratamento igualitário entre os licitantes no bojo do processo licitatório, conforme disposição do parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, não se admitindo qualquer espécie de tratamento diferenciado que vise beneficiar ou prejudicar algum dos participantes.

Desse dispositivo, depreende-se que aos agentes públicos é vedado prever ou admitir cláusula ou condições que restrinjam ou firam o caráter competitivo do processo licitatório por meio de tratamento diferenciado, preferências ou distinções de quaisquer natureza, veja-se:

§ 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;

II - estabelecer **tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra**, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (BRASIL, 1993, sem grifo no original)

Assim, têm-se que não se admite que Administração Pública exija requisitos para participação no certame que não estejam previamente estipulados em lei e sejam indispensáveis à sua realização.

Carvalho Filho assevera:

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. (2018. p. 318).

É necessário pontuar que a ideia de isonomia estampada pelo nosso Legislador Pátrio é no sentido de tratar os iguais na medida de sua igualdade e oferecer aos desiguais, tratamento na medida de suas desigualdades. Carvalho (2019) identifica que, por exemplo, o tratamento especial dado a microempresas e empresas de pequeno porte através da Lei Complementar nº 123/2006 encontra perfeita sintonia com a ideia insculpida no princípio da igualdade ou isonomia na medida em que nivela distorções mercadológicas provenientes do menor porte de tais empresas e proporciona condições de competitividade a elas frente a empresas maiores. Entende ainda que a criação de preferências e pré-requisitos para aquisição de produtos manufaturados ou serviços nacionais que obedeçam às normas técnicas brasileiras, de igual maneira, encontram fundamento nesse mesmo princípio.

A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, assevera que processos de licitação pública assegurem igualdade de condições aos participantes e preconiza que serão permitidas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988), apesar de ressaltar casos específicos a serem disciplinados em legislação. Portanto, repisa-se, é proibido a discriminação entre os participantes do processo, ou seja, é vedado o favorecimento de uns, em detrimento de outros.

3.5 Princípio da Publicidade

Consubstancia-se na transparência do processo licitatório em todas as suas fases, devendo haver publicidade em todos os atos do procedimento, desde a disponibilização do edital de abertura, avisos, anexos, análise de documentação e propostas, até a adjudicação, homologação e consequente contratação do objeto licitado.

A respeito desse tema, o parágrafo terceiro do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 é cristalino ao taxar que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura” (BRASIL, 1993).

Rosa (2003), em análise sobre o tema publicidade dos processos licitatórios, reforça ao dizer que “todos os atos do procedimento deverão ser levados ao conhecimento público e, em especial, a todos os participantes. O princípio incide desde a abertura do certame até a contratação. Não há licitação sigilosa [...]”.

Clarifica-se que a aplicação deste princípio, oportuniza a efetiva participação do cidadão nos atos praticados pelo poder público, estabelecendo, assim, uma relação de confiança e organização da Administração Pública.

3.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também conhecido como edital ou convite, refere-se ao meio pelo qual a administração bem como os licitantes ficam obrigados a cumprir os termos do edital em todas as fases do processo: documentação, propostas, julgamento e o contrato.

Origina-se o referido princípio diretamente do princípio da legalidade. Em outras palavras, vincula a administração e os licitantes aos ditames do edital, cabendo-lhes cumprir todas as suas exigências, normas e condições estabelecidas, tendo como termo inicial de validade e eficácia, a data de sua publicação, estendendo-se, até todos os atos subsequentes.

Já o princípio do julgamento objetivo emana tanto do princípio da legalidade quanto do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. E assim o é porque a Administração Pública, notadamente na figura no pregoeiro, por vezes, presidente da comissão de licitação, ao atuar na condução dos processos licitatórios, possui a obrigação de julgar conforme os parâmetros estabelecidos em edital, por estar a ele vinculado, tal como disciplinado no artigo 45 da Lei nº 8.666/1993, a seguir:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (BRASIL, 1993).

Os pedidos, tanto da administração, como aqueles ofertados pelos participantes, quando em confronto, deverão ser analisados de acordo com o que está estabelecido no Edital. Exatamente por esse motivo que é de fundamental importância a correta descrição do objeto na fase de planejamento e estudos preliminares da aquisição considerando-se o interesse do serviço público e os fatores de qualidade de rendimento, durabilidade, preço, eficiência, financiamento e prazo.

Rosa (2003), em análise do tema julgamento objetivo das propostas efetivadas em processos licitatórios, destaca que a Administração Pública sequer pode pensar em fundamentar o julgamento de um processo licitatório com base em mera referência a artigos da lei e/ou, pior ainda, dispositivos previstos em normas internas.

O mesmo autor reforça esse entendimento, bem como o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.666/1993 nos seguintes termos:

As regras de julgamento devem ser prévias e objetivas, claras e indúvidas. O edital deve estabelecer o tipo de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta. Inadmissível a mera referência genérica do julgamento a ser feito ou a simples referência a artigo da lei. O edital deve ser claro o suficiente para que se conheça antes o critério de julgamento que será usado. (2003, p. 87).

4 DISCIPLINAS NORMATIVAS

A primeira constituição a tratar sobre o tema licitação foi a de 1988. Enquanto seu artigo 22 determinou que “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios” e “para as empresas públicas” seriam de competência privativa da União. (BRASIL, 1988).

Percebe-se, pois, que os demais entes federados não podem estabelecer regras gerais sobre procedimentos licitatórios, devendo seguir as Leis editadas pela União, que se aplicam a todas as pessoas integrantes da federação. Poderão, contudo, legislar sobre normas específicas relacionadas à licitação.

Sendo assim, as normas da União, quando forem gerais, terão aplicação para todos os entes federativos, sendo que estes poderão expedir normas específicas para regulamentação de seus procedimentos licitatórios, desde que observadas às normas genéricas trazidas na legislação federal.

A diretriz em comento é de fundamental importância posto que, apenas nos casos expressamente definidos em Lei, como os casos de dispensa e inexigibilidade, poderá o administrador público deixar de realizar o devido processo licitatório.

Tal competência, segue o Diploma Constitucional de 1988, deve observar tanto o disposto no artigo 37, inciso XXI, quando se tratar das primeiras citadas anteriormente e o disposto no artigo 173, das segundas, a seguir:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...) (BRASIL, 1988)

Especial atenção ao artigo 37, inciso XXI e ao artigo 175, ambos do diploma constitucional supratranscritos, o primeiro determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública, exceto as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. O segundo, por sua vez, trata das outorgas de concessões e permissões, além de fazer referência à obrigatoriedade de licitar, imposta ao ente estatal,

Desse modo, todas as vezes que a Administração Pública precisar celebrar contratos, o fará mediante prévia licitação, a qual é regulamentada especialmente na Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011.

4.1 Lei nº 8.666/1993

O principal instrumento normativo licitatório é a Lei 8.666, de 21/06/1993, denominado Lei Geral de Licitações, o qual disciplina não só modalidades e tipos de licitação como também os contratos administrativos firmados pela Administração Pública.

Repise-se, pois que, a licitação tem a finalidade de viabilizar a melhor contratação possível para o poder público, sempre buscando a proposta mais vantajosa para o Estado que, por vezes, não se confunde com a de menor valor, consoante disposição da referida Lei.

Nessa mesma toada, Justen Filho pondera que:

Se prevalece exclusivamente à ideia de vantagem poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial a isonomia. (2013, p. 85)

Nesse sentido, a licitação busca a satisfação do interesse da coletividade ao garantir contratos mais vantajosos à Administração, como também assegura a garantia isonômica. Quaisquer pessoas, que preencham os requisitos legais, poderão livremente concorrer, de modo que viabilizem a contratação com o poder público, desde que, sejam vencedoras do certame.

Importa dizer que a Lei nº 8.666/1993 é a fonte legislativa primária disciplinadora das licitações, e, por esse motivo, estabeleceu vedações aos demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios) que não podem, por exemplo,

alterar os limites de valor das modalidades licitatórias ou ampliar os casos de dispensa e inexigibilidade.

4.2 Lei nº 10.520/2002

A Lei nº 10.520/2002, editada quase dez anos após a Lei nº 8.666/1993 veio ao ordenamento jurídico para regular uma nova modalidade de licitação, o pregão. Ocorre que as modalidades previamente estabelecidas na Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), em vários casos, não conseguiram imprimir rapidez e eficiência à atividade administrativa de contratação.

Inicialmente, o pregão foi instituído como modalidade específica das agências reguladoras, uma vez que fora regulado pela Lei nº 9.472/1997, a qual instituiu a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

Carvalho, em análise sobre o tema, assevera que:

O Pregão surgiu para aperfeiçoar o regime de licitações levando a uma maior competitividade e ampliando a oportunidade de participar das licitações, contribuindo para desburocratizar os procedimentos para habilitação e etapas no procedimento, por ser mais célere e também visando a busca pelas contratações de preços mais baixos pelos entes da Administração Pública. Desta forma, o pregão, ao mesmo tempo, garante maior agilidade nas contratações públicas e contribui para redução de gastos. (2019, p. 468).

Dessa forma, o pregão é a modalidade licitatória definida para aquisição de bens, cujos padrões mínimos de qualidade serão previamente estipulados no instrumento convocatório. Reitera-se que esta modalidade de contratação pública não poderá ser aplicada para execução de obras públicas, salvo nos casos de manutenção de rodovias realizadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, consoante entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União.

Cumprе ressaltar que a “lei do pregão” tem caráter especial diante da “lei de licitações e contratos”, visto que disciplina exclusivamente a já citada modalidade licitatória, e submete-se, no que couber, às regras da Lei nº 8.666/1993.

O Pregão poderá ainda, ser realizado de forma eletrônica, o que permite a participação de um maior número de fornecedores. Tal possibilidade acaba por ampliar sensivelmente a competição e auxilia o Administração Pública na busca da melhor proposta.

Assim, tem-se que esta fora mais uma forma de realização de licitação com a finalidade de facilitar a contratação com a Administração Pública atendendo tão somente aos impedimentos impostos pela legislação.

4.3 Lei n° 12.462/2011

A primeira tentativa de instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, foi através da Medida Provisória – MP n° 489 de 2010, frustrada em razão da inobservância do prazo constitucional para apreciação pelo Congresso Nacional; a segunda, através Emendas Constitucionais que aduziam a matéria na MP n° 503, de 2010, rejeitadas no decorrer da tramitação.

Ato contínuo, houve uma terceira tentativa, que instaurou Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória n° 521/2010, dispondo sobre o RDC que, à época, tratava-se de matéria estranha à temática original e, por esse motivo, quando da votação, foram afastados os dispositivos que mencionavam o regime em questão, perdendo sua eficácia antes mesmo da manifestação do Senado Federal.

Por último, a Medida Provisória n° 527/2011, em apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados e sob a alcunha do Deputado José Guimarães, o qual fora responsável pela introdução do tema RDC ao texto original, fora convertida na Lei n° 12.462/2011.

A referida lei inovou ao instituir no ordenamento jurídico brasileiro, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, cuja normatização se deu através do Decreto n° 7.581/2011. Em síntese, esta Lei regula relações contratuais da Administração Pública, aplicáveis exclusivamente, nas hipóteses elencadas em seu artigo 1º, abaixo transcrito:

- 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)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.
VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.
VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e
VII - ações no âmbito da Segurança Pública.
VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;
VII - das ações no âmbito da segurança pública;
VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e
IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.
X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (BRASIL, 2011)

O Regime Diferenciado de Contratações foi criado com os objetivos de ampliar “a eficiência e a competitividade nas contratações públicas, promover a troca de experiências e tecnologias, incentivar a inovação tecnológica, assegurar tratamento isônomico entre os licitantes e a selecionar a proposta mais vantajosa”. (BRASIL, 2011).

Percebeu-se a necessidade de a Lei, após o Brasil ser escolhido para sediar os eventos esportivos, atender às peculiaridades exigidas, ou seja, flexibilizando as regras de licitação através da implementação de medidas mais céleres e eficientes, em oposição à burocratização e morosidade provenientes dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/1993, legislação esta que estabelece as normas gerais para licitação e contratos administrativos, como já mencionado.

A esse respeito, aponta Jurksaitis:

O RDC vem justamente para tentar alcançar esse objetivo, driblando as dificuldades que o acompanham. Seu processo tumultuado de elaboração – através de duas medidas provisórias – é um exemplo da dificuldade de se superar os entraves que se apresentam quando o assunto é mudar a Lei 8.666/93. (2019,).

O RDC objetivou, outrossim, suprir as deficiências da Lei nº 8.666/1993, que seria incapaz de atender de forma eficiente as exigências impostas pela situação em que o país se encontrava quando dos eventos esportivos.

Inicialmente, o artigo 1º retrotranscrito, se restringia apenas as licitações e contratos relacionados aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014 e de obras de infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades que sediaram esses eventos esportivos.

Em face da sua redação inicial, dessumia-se que o RDC seria aplicável apenas às hipóteses dos incisos I a III do dispositivo 1º, ou seja, assim que passasse os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se utilizar esta modalidade. Todavia, o âmbito de sua aplicação, foi progressivamente ampliado.

A primeira ampliação foi para estender a sua utilização para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); posteriormente, para às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Portanto, objetivou-se com a edição da referida lei, a priori, tornar mais célere e simplificada as contratações quando dos eventos esportivos ocorridos no Brasil, porém, sua aplicação foi ampliada a posteriori.

4.4 Inovações Jurídicas

As inovações concernem no encurtamento dos prazos, simplificando o procedimento e o cumprimento de metas público-privadas; na ampliação da eficiência das contratações públicas, observando a competitividade entre os licitantes, bem como, o tratamento isonômico entre eles; e, principalmente, quanto às regras de orçamento sigiloso e a contratação integrada, bem assim, que para o RDC ter validade, deve constar expressamente no instrumento convocatório, a afastabilidade da aplicação da Lei nº 8.666/1993.

Como já repisado, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 apregoa que obras, serviços, compras e alienações da administração pública serão contratados por meio de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes nos termos da lei. Instituiu o constituinte o modo pelo qual a administração pública realiza suas contratações de modo justo traduzido por Justen Filho como:

É um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (2010, p. 25)

Tal procedimento se encontra regulamentado através da Lei nº 8.666/1993, a qual instituiu normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública e,

mais especificamente, para contratação de obras públicas e serviços de engenharia dispôs que tal procedimento seria dividido em três fases: projeto básico, projeto executivo e execução das obras e serviços.

Em apertada síntese, projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar obra ou serviço desde que assegurem a sua viabilidade técnica, enquanto o projeto executivo se traduz nos parâmetros indispensáveis à consecução total da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Esses projetos devem ser primeiramente licitados em apartado da etapa de execução das obras e serviços ali descritos e, por isso, a lei geral de licitações e contratos preconizou que o desenvolvimento de cada uma dessas etapas seria obrigatoriamente precedido da conclusão e aprovação pela autoridade competente dos trabalhos relativos às etapas anteriores.

Dessa maneira, quis o legislador que toda e qualquer obra e/ou serviço de engenharia contratado pela administração pública passasse por criterioso processo de previsão e planejamento através da conclusão dos projetos básico e executivo e, só então, fosse licitada a execução das obras e serviços. Embora bem intencionado, é farta a quantidade de notícias e pareceres dos tribunais de contas alertando sobre obras públicas paradas, especialmente, na fase de elaboração de tais projetos.

Ciente dessa morosidade, o Regime Diferenciado de Contratações fora criado, o qual, segundo Gasparini (2012), foi concebido com os objetivos legalmente declarados de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes e possibilitou a contratação de obras e serviços de engenharia públicos sem a necessidade de se passar por procedimentos licitatórios em cada uma dessas etapas – projetos e execução – com o fulcro de proporcionar maior celeridade às contratações.

Para atingir essa finalidade, o referido dispositivo legal trouxe importantes inovações jurídicas, dentre elas, destaca-se a possibilidade de se utilizar o regime de execução denominado contratação integrada, o qual se conceitua como 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 licitado.

Além disso, incorporou ao regime diferenciado de contratações a inversão das fases de habilitação e avaliação das propostas e a instituição de fase recursal única,

procedimentos já testados e aprovados na modalidade pregão de licitação, regulamentada pela Lei nº 10.520/2002.

Apesar de relativamente simples, tais alterações conseguem evitar atrasos substanciais nos procedimentos licitatórios, pois como bem destaca Fiuza (2009), “o Brasil tem o maior número de requisitos para a habilitação de fornecedores em uma abrangente amostra de países feita por Carpineti, Piga e Zanza (2006)”.

Segue o autor ponderando que essa gama de documentos exigidos faz com que mesmo aqueles administradores públicos com maior iniciativa e competência se vejam compelidos a não adquirir insumos com a devida tempestividade e, por vezes, até mesmo sem a qualidade necessária.

A inversão de fases se traduz em celeridade no processo licitatório porque proporciona a análise dos requisitos apenas do licitante vencedor, em vez de analisar a de todos os participantes com a respectiva possibilidade de impugnação da documentação de cada licitante, para só então partir para a análise das propostas.

A fase recursal única, por sua vez, complementa tal mecanismo ao condessar toda e qualquer impugnação ou intenção de recurso em apenas uma fase e evitar que o processo paralise com prazos recursais, tanto para os impugnantes quanto para os impugnados.

Outra importante, porém polêmica, inovação jurídica trazida pela lei do regime diferenciado de contratações foi a introdução do orçamento sigiloso. A controvérsia se deu, especialmente, no cotejo desse instituto com o princípio da publicidade, constitucionalmente previsto para atuação da administração pública. Na verdade, como assevera Cardoso (2011), necessário é a ponderação de princípios consagrados em nossa Carta Magna de 1988 e, ao largo de suprimir o essencial princípio da publicidade, buscar a sua mitigação com o objetivo de ver demais valores também constitucionalmente previstos alcançados.

Sem sombra de dúvida, ponto mais polêmico do novel modelo de contratações públicas e, em claro contraponto ao modelo tradicionalmente utilizado pela Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública, a qual dispõe em seu artigo 44 que é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa vir a elidir o princípio da igualdade dos licitantes, se tornou alvo de severas críticas por parte da doutrina jurídica.

Essa nova modalidade – RDC – foi essencial na execução eficiente de obras de infraestrutura e de grandes empreendimentos, a exemplo dos estádios de futebol

e das instalações para competições esportivas olímpicas, em razão dos importantes eventos esportivos sediados no país – Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paralímpicos do Rio de Janeiro 2016.

Posteriormente, o escopo de atuação do regime diferenciado de contratações foi aumentado e, em 2012, com a edição da Lei nº 12.688/2012, foram incluídas as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), no qual o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes exerce protagonismo em razão da gestão de grandes vultos orçamentários destinados às ações de construção, manutenção, conservação, entre outros de rodovias, ferrovias e hidrovias federais.

Embora, em tese, essa nova modalidade seja uma evolução da concorrência, esta pesquisa busca identificar se a utilização do regime diferenciado de contratações nas licitações de obras públicas do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes se mostrou mais eficiente e, não menos importante, se traduziram em maior economicidade ao setor público.

O regime diferenciado de contratações públicas nasceu com a premissa de imprimir rapidez, agilidade, celeridade ao processo de contratação de obras públicas e proporcionar o alcance de maior economicidade, de fazer com que a administração pública atingisse maiores índices de desconto em relação aos valores estimados durante a fase interna do processo licitatório.

Nesse sentido, duas inovações jurídicas foram estrategicamente pensadas pelo legislador pátrio, as quais, em sua gênese, tinham o condão de alcançar tais objetivos. São elas: a possibilidade de contratação integrada e a utilização do instituto do orçamento sigiloso.

Em que pese tais inovações terem real potencial de melhorar as contratações públicas, Valencia (2016) critica a tendência de que o regime diferenciado de contratações passe a ser o modelo usualmente adotado pela administração pública em razão de sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro ter se dado em desrespeito à Constituição, já que em sua visão seria necessário um amplo debate sobre o tema e uma devida reforma geral na lei de licitações e não tão somente apregoar regras mais flexíveis e ágeis devido a grandes eventos esportivos.

O instituto da contratação integrada possibilitou a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo conjuntamente, bem como a execução das obras e serviços de engenharia oriundos desses projetos em um mesmo processo licitatório.

Rodrigues (2016) ressalta que apesar de tal modelo ser criticado devido à aparente ausência de projeto básico previamente elaborado, o que poderia culminar em contratações mais dispendiosas para a administração pública e possivelmente ferir o princípio da isonomia nas licitações, cabe ao poder público traçar diretrizes precisas e delimitar devidamente seu objeto de modo a evitar o desvirtuamento da contratação integrada.

A Lei nº 12.465/2011 fixa, ainda, em seu artigo 10, condições que visam equiparar o regime de licitações da Administração Pública ao regime privado, como por exemplo, a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Inova, ademais, quanto a inversão de fases do procedimento licitatório de modo que a fase de julgamento das propostas precederá a habilitação, que corresponde à apresentação dos documentos e outras obrigações, sendo vista de forma positiva perante a doutrina haja vista que acarreta economia de recursos e de tempo.

4.4.1 Orçamento Sigiloso

Dentre todas as inovações pontuadas, a maior delas e a mais polêmica trata das normas de sigilo do orçamento estipulado para contratação. Prevê o artigo 6º da Lei nº 12.462/2011 que a publicidade somente ocorrerá quando do encerramento da licitação, ou seja, o processo em si é sigiloso, salvo nas hipóteses dos parágrafos 1º e 2º. Veja-se:

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.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório. (BRASIL, 2011).

Não obstante à regra geral, o parágrafo terceiro do dispositivo retro colacionado designou que “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”, (BRASIL, 2011).

Interessa consignar que, o encerramento do processo licitatório se dá somente após o exaurimento dos recursos administrativos. Isto é, somente após a comissão de licitação, por meio do pregoeiro, julgar os recursos impetrados contra o resultado e informar à autoridade superior, o qual procederá à adjudicação do objeto e à respectiva homologação do resultado.

O dispositivo acima transcrito estabelece que todo o orçamento da licitação será sigiloso, tornando-se público somente após o encerramento da licitação, em outras palavras, o preço estimado da contratação será de conhecimento comum, apenas neste momento e a publicidade será limitada aos órgãos de controle interno e externo.

Justifica-se, para tanto, a contribuição para o cumprimento dos prazos pactuados junto às entidades internacionais responsáveis pela organização dos eventos, de forma célere e simplificada, além de fomentar a competitividade entre os licitantes, tornando-a mais produtiva para o ente que a promove.

Segundo Monteiro, tem-se que:

O procedimento ocorre nos seguintes termos: definido o objeto da licitação e estimada a despesa, a Comissão de Licitações divulga o detalhamento do objeto, dos quantitativos e demais informações para a elaboração do orçamento, mas faz constar no instrumento convocatório que o orçamento estimado para a contratação tem caráter sigiloso e que a divulgação deste ocorrerá apenas ao fim da licitação. Tal informação não será de todo sigilosa, pois deverá ser comunicada ao órgão de controle externo e interno. (2019).

Fundamenta o Poder Executivo, para tanto, que a intenção precípua é evitar a prática de elevação dos preços e formação de cartéis, objetivando, por conseguinte, o alcance do menor preço possível e o melhor custo benefício, com fundamento, também, no princípio da eficiência. Entretanto, essa ideia de combater o conluio de licitantes é frágil, quando se enumera a possível corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas, a recusa dos competidores em baixar os preços, a ofensa ao princípio da publicidade, a possível inconstitucionalidade formal da norma e com relação ao princípio da eficiência, deve-se ponderá-lo com o da publicidade, para a sua constitucionalidade.

4.4.2 Contratação Integrada

A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento de projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, e todas

as demais operações necessárias à entrega final do objeto, (BRASIL, 2011). Ou seja, todo e qualquer procedimento necessário a realização de uma obra, do projeto básico à realização de testes, pré-operação e montagem, é abarcado por esse novo regime de execução por meio de contratação integrada, esse é o teor do parágrafo primeiro do artigo 9º da Lei nº 12.462/2011.

Esse mesmo dispositivo determina que a contratação integrada seja utilizada desde que técnica e economicamente justificada, cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Caberá ao administrador público, na fase de planejamento da contratação demonstrar a sua viabilidade técnico-econômica de modo a não deixar sobre de dúvida. É o que se depreende do citado artigo:

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- 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;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 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.

§ 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

No caso, o contratado quando de sua atuação, não se limitará à execução de obras e serviços de engenharia, sendo também responsável pela elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, bem assim, por todas as operações necessárias a entrega final do objeto do contrato. Vislumbra-se alcançar os objetivos para o qual o RDC foi criado, prioritariamente, no que tange à urgência quanto à realização dos eventos.

A modalidade em comento se difere das disposições do parágrafo primeiro do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, pois esta exige a apresentação de um anteprojeto pelo contratado e, para se atingir a finalidade, o legislador vedou a realização de aditivos contratuais que permitiriam a futura alteração do contrato.

Observa-se que esta regra não é absoluta, admitindo exceções. Essas, por sua vez, ocorrerão nas hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, diante de caso fortuito ou força maior ou, ainda, quando necessário à melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, desde que não decorram de erros ou omissões por parte do contratado.

4.5 Meio Ambiente

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, assegura a todos os indivíduos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, (BRASIL, 1988). Assim, em processos licitatórios relacionados a obras de engenharia é exigido estudo prévio de impacto ambiental quando a instalação de obra ou atividade for potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

A Lei nº 12.462/2011, especificamente em seu artigo 4º, §1º, aduz acerca de questões ambientais, mormente, com relação às compensações dos danos causados com as obras ou serviços, veja-se:

Art. 4º (...) § 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

- 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.
- § 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

Ocorre que, ao efetuar a leitura do dispositivo retrotranscrito, deduz-se que as medidas compensatórias e mitigadoras são suficientes para reparar os danos, não fazendo alusão ao estudo de impacto ambiental. Em outras palavras, há uma possível afronta aos princípios ambientais da prevenção e da precaução, enfatizando, tão somente, o do poluidor pagador que, em hipótese alguma, deve ser considerado como regra.

Consoante texto constitucional, o instrumento adequado para avaliar a extensão do possível dano é o estudo de impacto ambiental – EIA com o consequente Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, importantíssimos para apurar a viabilidade da obra, serviço ou atividade, devendo ser elaborado antes da expedição da primeira licença do processo de licenciamento ambiental, que é a Licença Prévia (LP).

Nesse seguimento, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, tratada pormenorizadamente no tópico a seguir. Com relação ao meio ambiente, a ADI tinha por objeto afastar qualquer interpretação que dispense exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental.

Sobre essa temática, há uma ampla discussão, pois alguns entendem que a finalidade do RDC não é tratar sobre questões ambientais, o que já é amplamente abordado no ordenamento jurídico brasileiro, outros, que independentemente disso, haveria a necessidade de dirimir qualquer interpretação equivocada de seu texto em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Importa salientar, no entanto, que o Tribunal de Contas da União – TCU, vem sancionando os casos em que a obra ou serviço não atenda aos critérios exigidos na Constituição Federal de 1988 e em outros dispositivos que regulamentam a respeito

do meio ambiente, tal como exarado no Acórdão nº 1229/2017 e, por esse motivo, desnecessária a discussão em sede de ADI.

4.6 Possível Inconstitucionalidade

A Lei nº 12.462/2011, ao entrar em vigor, veio maculada com intensas críticas no que cerne a sua possível inconstitucionalidade, tendo em vista vício formal de iniciativa. Segundo o artigo 62 da Diploma Constitucional de 1988, a edição de medidas provisórias é atribuição privativa do chefe do Poder Executivo e, apesar de ser possível alteração textual desde que dentro dos limites temáticos, quando da sua apreciação pelo Poder Legislativo, a inclusão de item tratando a respeito do Regime Diferenciado de Contratações, possivelmente, extrapolou tais limites.

E assim o foi por conta de a Medida Provisória nº 527/2011 não tratar, preliminarmente, de qualquer item referente ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, haja vista que seu objeto ser tão somente a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, além de aspectos inerentes a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO.

Todavia, em apreciação pelo Congresso Nacional, ao ser convertida em lei, o relator acrescentou equivocadamente, dispositivos que regulavam o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e, dessa maneira, acabou por ferir o princípio constitucional da separação de poderes.

Repise-se que a Constituição Federal de 1988 autoriza que a lei de conversão da medida provisória tenha seu texto alterado dentro dos limites temáticos em apreciação, mas não permite que haja inclusão de novos temas na apreciação de medida provisória, é o disposto em seu artigo 62, §12.

Desse modo, incluir um novo objeto, com conteúdo alheio aqueles que se tratava na Medida Provisória, ofendeu o devido processo legislativo tratado nos artigos 59 a 62 da Constituição Federal de 1988, vez que o legislador usurpou competência exclusiva da Presidente da República, que é a de decidir quais objetos/temas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser tratados através de Medida Provisória, espécie normativa exclusiva para tais casos (urgentes e relevantes).

O Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI nº 1.050-MC/SC, relatada pelo Ministro Celso de Mello, externou claramente que emendas parlamentares em

projetos de iniciativa exclusiva de outros Poderes (caso da medida provisória) precisam ter certa relação de pertinência ou afinidade lógica entre a emenda apresentada e a proposição original, o que não se verificou no caso em voga.

É que tal ato ofende não só a Constituição Federal de 1988, como também a Lei Complementar Federal nº 95 e a Resolução nº 1, de 1989 do Congresso Nacional, a qual versa sobre a apreciação de medidas provisórias pelo Congresso e, em seu artigo 4º, §1º afirma que é vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória.

De saída, é possível concluir pela existência de um vício formal na conversão da referida medida provisória em lei culminando na inconstitucionalidade da Lei nº 12.462/2011.

À vista disso, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sob os números 4.645 e 4.655, ao Supremo Tribunal Federal. A primeira, de autoria dos partidos políticos PSDB, DEM e PPS e a segunda, proposta pelo então Procurador-Geral da República - PGR, com pedido de liminar para suspender a eficácia da norma até o julgamento final da ação.

O fundamento de ambas consiste no fato de que, para apresentar emenda parlamentar faz-se necessário a observância da pertinência temática da norma, pois é vedado emendas versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão Mista de Deputados e Senadores, em congruência com o art. 62, § 9º da Constituição Federal de 1988, determinar o seu indeferimento liminar.

No entanto, a primeira aduz contrariedade da Lei nº 12.462/2011 com dispositivo constitucional que assegura igualdade de condições a todos os concorrentes, ao não fixar parâmetros mínimos de identificação para obras, serviços e compras que devem seguir o RDC.

A segunda, sustenta, ainda, violação ao devido processo legislativo, bem como, ao princípio da separação dos Poderes, com supedâneo no artigo 22, inciso XXVII da CF/1988, pela falta de competência da União para legislar sobre a matéria objeto da Lei nº 12.462/2011.

Nesse sentido, estudiosos explicam que a matéria tratada na Lei nº 12.462/2011 versa sobre situações particularizadas não se adequando às hipóteses genéricas, o que afastaria a competência da União.

No que concerne o regime de contratação integrada, a inconstitucionalidade encontra-se na ausência de definição exata do seu objeto, ferindo, assim, o princípio da isonomia entre os concorrentes, bem como, na dispensa do projeto básico tal como previsto no parágrafo quinto do artigo 8º da referida lei.

Portanto, a inconstitucionalidade do regime de contratação integrada baseia-se tanto no aspecto formal quanto material da norma: aquela pela contrariedade da regra com a Lei Geral de Licitações, que prevê a indispensabilidade do projeto básico; esta, por conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público.

Por fim, há inconstitucionalidade também, no que diz respeito à violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme exegese do artigo 225 da Magna Carta de 1988, ante a mitigação das medidas compensatórias pela reparação dos danos causados ao meio ambiente.

5 APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES NO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

De acordo com Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (2017), a malha rodoviária do Brasil é de 1,53 milhões de quilômetros dentre estradas federais, estaduais e municipais. Cento e sessenta e cinco estradas federais são responsáveis por 76,5 mil quilômetros, dos quais, algo em torno de 10 mil quilômetros se encontram sob concessão à iniciativa privada e aproximadamente 66,5 mil quilômetros se encontram sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, pessoa jurídica de direito público, submetido ao regime de autarquia, atualmente vinculada ao Ministério da Infraestrutura com atuação em âmbito nacional possuindo unidades descentralizadas em todos os Estados da Federação.

Segundo o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (2017), foram empenhados pouco mais de doze bilhões de reais nas ações do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, dos quais aproximadamente 7,3 bilhões (60%) foram destinados a adequação, conservação, manutenção, construção e pavimentação das rodovias federais sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes por meio de processos licitatórios com uso do Regime Diferenciado de Contratações através das ações atreladas ao Programa de Aceleração do Crescimento.

É possível perceber a grandiosidade de tais cifras e, por consequência, a necessidade de imprimir maior responsabilidade com o manuseio da coisa pública, ao se comparar, por exemplo, tais valores com o orçamento aprovado custear todas as despesas nas mais diversas áreas de atuação (educação, saúde, infraestrutura, entre outras) do Estado do Tocantins para o ano de 2017, o qual se aproximou a algo em torno de onze bilhões de reais (TOCANTINS, 2016).

Ao ser responsável pela gestão de grandioso orçamento, não há como negar o protagonismo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes na atuação do Governo Federal e, portanto, justificou-se sua escolha com a finalidade de analisar se a gestão de tal orçamento tem se dado com maior economicidade e celeridade por conta do uso do regime diferenciado de contratações públicas.

Em que pese os questionamentos iniciais acerca de sua aplicabilidade junto aos órgãos da Administração Pública direta e indireta, uma vez que afasta o procedimento previsto na Lei nº 8.666/1993, houve sucessivas ampliações do escopo do Regime Diferenciado de Contratações. Essas ampliações se deram com a finalidade de aplicar tal procedimento em outros segmentos da Administração Pública devido à existência de estudos apontando que, por meio desta forma de contratação pública, garantiria-se celeridade e simplificação nas contratações realizadas.

É que o procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/1993 é considerado longo, lento e complexo devido ao excesso de procedimentos. “Os concorrentes se candidatam para vender produtos ou serviços para o governo precisam ter toda a documentação analisada mesmo que ela não seja anunciada como vencedora, e isso gera ainda mais atraso”, defende o Ministério de Infraestrutura.

Nesta toada, as obras de revitalização e manutenção de rodovias licitadas pelo DNIT que estiverem dentro do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC poderão ser licitadas via RDC, tal como previsto no inciso IV do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011. Além disso, a opção pelo regime de contratação integrada, pretensamente mais célere, exige, nos termos do artigo 9º da Lei do RDC, que haja justificativa sob os pontos de vista econômico e técnico.

Do ponto de vista econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. Já no técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra competição entre as licitantes para a concepção de

metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.

Nesse sentido, é o entendimento da Corte de Contas, tal como se pode depreender no Acórdão nº 1.510/2013-Plenário, ao auditar possíveis irregularidades na licitação das obras de ampliação e reforma do Aeroporto Internacional Afonso Pena, em São José dos Pinhais/PR. Apresenta como questionamento principal a inadequação das justificativas técnicas e econômicas apresentadas como fundamento para utilização do regime de execução por contratação integrada. Aduziu o relator que a INFRAERO fosse notificada no sentido de que o enquadramento no regime de contratação integrada não pode ser quase que de forma automática e que a obra de engenharia deve preencher pelo menos um dos requisitos elencados na Lei do RDC. Por fim, asseverou que:

[...] tendo em vista que uma obra licitada com base no anteprojeto já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto, no caso de a motivação para a utilização da contratação integrada estar baseada nessa viabilidade de emprego de diferenças metodológicas, nos moldes do art. 20, § 1º, inciso II, da Lei 12.462/2011, justifique, em termos técnico-econômicos, a vantagem de sua utilização, em detrimento de outros regimes preferenciais preconizados no art. 8º, § 1º c/c art. 9º, § 3º da Lei 12.462/2011. (BRASIL. TCU, 2013).

O DNIT realiza licitações e contratações para a conservação e manutenção de rodovias federais e, grande parte dessas obras de revitalização rodoviária é realizada através de um programa operacionalizado por contrato de gestão o qual consolida suas atividades de recuperação e manutenção e é intitulado Contrato de Recuperação, Restauração e Manutenção de Rodovias (CREMA), regulamentado através da Instrução de Serviço DNIT nº 05/2005.

Tal programa foi subdividido em duas fases. A primeira, “CREMA 1ª Etapa”, é voltada para intervenções de caráter funcional (conserva pesada), premissas já consideradas no Programa PIR IV em andamento, duração de dois anos, serviços de manutenção de pistas e acostamentos, serviços de conservação de faixa de domínio, padrões de desempenho para obras e serviços. Enquanto a segunda, “CREMA 2ª Etapa”, é destinada à realização de obras de recuperação funcional e estrutural dos pavimentos em todo o lote, permitir o início imediato das obras de restauração, duração de cinco anos, catálogo de soluções de projeto com vida útil de dez anos, serviços de manutenção de pistas e acostamentos, serviços de conservação de faixa de domínio, padrões de desempenho para obras e serviços.

Assim, a opção pelos CREMAs se justifica em razão de esse tipo de contrato permitir uma comparação mais fiel entre as modalidades de licitação sob análise e por se tratar de um contrato padrão com cláusulas similares, as obrigações definidas para as partes e a repartição dos custos são equivalentes, passíveis de serem licitados tanto pelo RDC como pela modalidade de licitação Concorrência.

Ressalta-se que esse trabalho buscou analisar a aplicação do Regime Diferenciado de Contratação no que atine à realização das obras públicas de manutenção e revitalização de rodovias por meio do programa CREMA e teve por base as informações e aplicações relacionadas ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, responsável pela execução das obras hidroviárias, ferroviárias e rodoviárias.

Nesse contexto, optou-se que pelos processos licitatórios desenvolvidos somente pela Comissão de Licitação da sede do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, em Brasília-DF, com a finalidade de encontrar certa padronização nos editais e termos de referência e de analisar contratações de diferentes regiões do Brasil. Selecionou-se contratações de obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC sendo estas do Regime Diferenciado de Contratações e da modalidade de Concorrência durante o período compreendido entre 2012 e 2014.

Ressalta-se que, inicialmente, seria realizado o levantamento e seleção dos quarenta procedimentos licitatórios de obras de adequação, conservação, manutenção, construção e pavimentação das rodovias federais realizados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT durante o período compreendido entre os anos de 2006 e 2016, no entanto, a partir do ano de 2012, a referida Instituição passou a utilizar prioritariamente o RDC e, até mesmo, pregão eletrônico após evolução de entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, o qual passou a aceitar a utilização de tal modalidade desde que o objeto fosse passível de ser descrito como comum, apesar de se tratar de obras de engenharia.

Sob ótica qualitativa, foram identificados os dados e informações referentes a qual unidade gestora de execução da contratação, qual modalidade de licitação utilizada, qual ano, datas de início e término, qual objeto licitado e os valores estimados e os efetivamente contratados, adjudicados ao final de cada procedimento licitatório, tal como representados no Quadros 1 e 2.

Quadro 1 – Editais de Regime Diferenciado de Contratações

Item	Edital	Objeto
1	328/2012	Contratação de empresa para execução das obras de revitalização (recuperação, restauração e manutenção) rodoviária – CREMA 2ª etapa, na rodovia BR-242/BA, pelo Regime Diferenciado de Contratações – RDC
2	023/2013	Contratação de empresa para elaboração de projeto básico e de projeto executivo de engenharia e execução das obras de restauração da pista existente, de adequação de capacidade, melhoria da segurança com eliminação de pontos críticos, construção de contornos rodoviários, duplicação, implantação de sistemas de iluminação pública e construção de obras de arte especiais, na rodovia BR-163/364/MT.
3	042/2013	Contratação de empresa para elaboração de projeto básico, executivo e execução das obras de implantação e pavimentação com obras de arte especiais na rodovia BR-487/PR.
4	046/2014	Contratação integrada de empresa para desenvolvimento dos Projetos Básico e Executivo e execução das obras e demais operações necessárias e suficientes para a construção da Ponte Internacional sobre o rio Paraná ligando o Brasil (Foz do Iguaçu) e o Paraguai (Presidente Franco).
5	365/2014	Contratação Integrada de empresa para Elaboração do Projeto Básico e Executivo de Engenharia e Execução das Obras para Duplicação de Rodovia e Restauração da Pista Existente e Obras-de-Arte Especiais na Rodovia BR-262/ES

Fonte: Próprio Autor

Quadro 2 – Editais de Concorrência

Item	Edital	Objeto
6	553/2010	Execução das Obras de Adequação na Travessia Urbana de Ji-Paraná na Rodovia BR-364/RO, Trecho: BR-174 (A) (Div.MT/RO) - Div.RO/AC; Subtrecho: Marco Rondon – Entr. RO-010 (Pimenta Bueno) – Entr. RO-470 (B) (p/Mirante da Serra) – Ponte sobre o Rio Jaru; Segmento: 338,5 ao Km 347,0; Extensão: 8,5 Km; Lote único.
7	161/2011	Execução dos Serviços de Supervisão das Obras de Restauração/Recuperação – CREMA 2ª Etapa, na Rodovia BR – 174 no Estado do Amazonas; Lote Único; Rodovia BR-174/AM; Trecho: Div. MT/AM – Div. AM/RR (Rio Alalaú); Subtrecho: Igarapé Veados (Presidente Figueiredo) – Div. AM/RR (Rio Alalaú); Segmento: km 991,3 – km 1.138,50; Extensão: 174,2 km.
8	186/2011	Seleção de Empresa(s) Especializada(s) para Elaboração de Projeto Básico e do Projeto Executivo de Engenharia, Arquitetura, Urbanismo, Paisagismo e Instalações para realização de Obras de Recuperação Estrutural das Pontes de acesso e dos Cais Flutuantes de Atracação do “Cais das Torres” e do “Cais Roadway”, além de Obras de Restauração, Adequação e Modernização da Área Retroportuária do Porto de Manaus no Estado do Amazonas.
9	019/2012	Execução dos serviços necessários a realização das Obras de Revitalização (Recuperação, Restauração e Manutenção) – CREMA 2ª Etapa, na Rodovia BR – 153 no Estado de Minas Gerais, lote único.
10	240/2012	Seleção de empresa(s) de consultoria especializada(s) para execução de serviços de estudo do traçado e elaboração do projeto executivo de engenharia para o contorno rodoviário sul da região metropolitana de Belo Horizonte, na Rodovia BR-040 no estado de Minas Gerais.

Fonte: Próprio Autor

Para o desenvolvimento quantitativo da pesquisa e atingimento dos objetivos específicos, realizaram-se análises comparativas dos dados históricos das dez licitações selecionadas e efetivadas tanto por meio do regime diferenciado de contratações quanto pela modalidade de licitação concorrência.

Com base nas informações coletadas, identificou-se o tempo efetivamente gasto para a concretização das licitações selecionadas através das datas de início e término de cada licitação como também será apurada a diferença percentual entre os orçamentos estimados e os valores efetivamente homologados/adjudicados. Dessa maneira, chegou-se à identificação de um índice, o qual fora denominado de “índice de tempo de contratação – ITC”, representado nas Tabelas 1 e 2, as quais apresentam qual edital selecionado, data de início e de término da licitação e quantos dias foram gastos.

Tabela 1 – ITC em Regime Diferenciado de Contratações

Item	Edital	Início	Término	ITC (Dias)
1	328/2012	03/08/2012	07/11/2012	96
2	023/2013	18/01/2013	06/08/2013	200
3	042/2013	31/01/2013	30/09/2013	242
4	046/2014	31/01/2014	23/06/2014	143
5	365/2014	02/07/2014	15/10/2014	105
Média				157

Fonte: Próprio Autor

Tabela 2 – ITC em Concorrência

Item	Edital	Início	Término	ITC (Dias)
6	553/2010	29/11/2010	10/05/2012	528
7	161/2011	05/05/2011	21/05/2012	382
8	186/2011	18/05/2011	27/04/2012	345
9	019/2012	01/02/2012	30/11/2012	303
10	240/2012	15/06/2012	17/01/2013	216
Média				355

Fonte: Próprio Autor

Percebe-se maior celeridade nas contratações públicas no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. O tempo médio gasto para finalização dos processos de licitação em questão sob Regime Diferenciado de Contratações atingiram uma média de 157 (cento e cinquenta e sete) dias aproximadamente,

enquanto os contratados sob a modalidade Concorrência chegaram a incríveis 355 (trezentos e cinquenta e cinco) dias. Tem-se uma diminuição de algo em torno de 61,58% na quantidade de dias gastos.

É nesse sentido que Ribeiro escreve sobre os ganhos de eficiência do Regime Diferenciado de Contratação:

Isso torna o procedimento de licitação muito mais ágil e implica grande economia para o Poder Público, pois reduz a quantidade de documentos a serem analisados no procedimento licitatório e o trabalho para gerenciar e lidar com a grande quantidade de impugnações administrativas e judiciais que ocorrem quando a habilitação se dá antes da abertura das propostas. (2012. p. 103)

Outrossim, do ponto de vista econômico, percebe-se que as inovações jurídicas trazidas pelo novo regramento do Regime Diferenciado de Contratações – regime de execução por contratação integrada e orçamento sigiloso – não obtiveram o mesmo sucesso, tal como visto no quesito celeridade. É o que facilmente se depreende das Tabelas 3 e 4, as quais apresentam qual edital selecionado, valor do orçamento inicial previsto pela Administração Pública, valor alcançado após julgamento das propostas e percentual de desconto.

Tabela 3 – IDC em Regime Diferenciado de Contratações

Item	Edital	Orçamento Inicial Previsto / Sigiloso (R\$)	Preço Final Adjudicado (R\$)	IDC (%)
1	328/2012	205.072.075,64	158.000.000,00	22,95%
2	023/2013	302.835.645,70	301.500.000,00	0,44%
3	042/2013	64.280.599,13	64.000.000,00	0,44%
4	046/2014	233.392.499,34	233.375.000,00	0,01%
5	365/2014	611.454.761,47	510.000.000,00	16,59%
Média				8,09%

Fonte: Próprio Autor

Tabela 4 – IDC em Concorrência

Item	Edital	Orçamento Inicial Previsto (R\$)	Preço Final Adjudicado (R\$)	IDC (%)
6	553/2010	69.102.191,39	67.967.153,03	1,64%
7	161/2011	3.844.086,86	3.268.700,42	14,97%
8	186/2011	4.663.481,00	4.630.770,27	0,70%
9	019/2012	80.646.448,23	68.488.564,74	15,08%
10	240/2012	10.446.663,97	9.494.279,01	9,12%
Média				8,30%

Fonte: Próprio Autor

Na comparação dos editais analisados, identificou-se através do índice de deságio da contratação – IDC, o qual calcula a porcentagem de desconto obtida pela Administração Pública, que o valor médio de deságio em relação ao valor estimado restou aproximadamente igual. No entanto, três editais com uso do Regime Diferenciado de Contratações, ou seja, valendo-se da não publicização do orçamento estimado antes do julgamento objetivo das propostas e consequente adjudicação do objeto apresentaram percentuais descontos que foram abaixo de 1%, em especial, o item 4 da Tabela 3 o qual logrou tão somente 0,01%.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licitação possui natureza jurídica de procedimento administrativo e, à vista disso, deve obedecer a normas específicas, bem como os princípios que a norteiam. Trata-se de um instrumento da Administração Pública direta e indireta que busca dar probidade às suas contratações, fomentando a competitividade entre os licitantes a fim de obter a proposta mais vantajosa.

Nesse sentido, tem-se que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas consubstancia-se em uma modalidade de licitação que, em suma, tem por objetivo dar celeridade ao processo licitatório.

É que, conforme estudado em capítulo oportuno, a legislação que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas teve como objetivo simplificar, de certa forma, o processo licitatório, haja vista as necessidades intrínsecas à realização dos jogos esportivos sediados no Brasil nos anos de 2014 e 2016.

Nesse diapasão, o Poder Executivo Federal instituiu o RDC, trazendo mudanças qualitativas, destacando-se pela inversão das fases, a contratação integrada e a publicidade do orçamento. Entretanto, há diversas discussões a respeito de sua constitucionalidade.

Dessa maneira, foram propostas duas ADIs, cujos números são 4655 e 4645, alegando vício formal por ausência de pertinência temática ou afinidade lógica entre a emenda apresentada pelo parlamentar e a proposição original do Poder Executivo; vício material pela não exigência de projeto básico, agregado à não publicidade prévia do orçamento; e possível interpretação do dispositivo concernente ao meio ambiente, que dá a entender pela prescindibilidade de estudo ambiental.

Ante as elucidações supramencionadas, verifica-se que, embora necessária a adequação dos procedimentos jurídicos à realidade fática, não se pode afastar a observância do devido processo legislativo, das normas constitucionais e dos princípios norteadores em razão de interesses políticos, devendo os procedimentos serem racionais e executados, sempre, por servidores altamente qualificados.

Sob o ponto nodal da pesquisa, atesta-se que a ausência de previsão acerca da publicidade prévia do orçamento estimado sobre as obras, para a Administração Pública, traz riscos incalculáveis, haja vista que fere os princípios de observância obrigatória, bem como dificulta a escolha da melhor proposta.

O que precisa ficar assente é a necessidade previsão, para criação de um projeto que abarque todas estas condicionantes, orçamento estimado e não mero anteprojeto de engenharia.

Pela pesquisa notou-se que, no procedimento previsto no RDC, a publicidade do orçamento estimado é remanejado para momento posterior, ou seja, somente após a divulgação ao final do certame, gerando maiores riscos, vez que não existe projeto básico. A não publicidade prévia do orçamento estimado pela Administração Pública acarretará em uma licitação sem objeto determinado e detalhado e sem preço específico.

Em arremate, não obstante as opiniões aqui exaradas, deduz-se, pois, que, a Lei nº 12.462/2011, que dispõe acerca de um novo regime licitatório para o nosso ordenamento jurídico, deve ser interpretada de forma cautelosa para que não deixe de observar as diretrizes de nossa Carta Magna e os Princípios da Administração Pública.

Nesse contexto, em que pese à legislação trazer benefícios, a título de exemplo, na celeridade na licitação, facilitando a execução de obras junto ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, existem fundamentos de observância obrigatória e com pontos extremamente sensíveis, demandando ao administrador público cautela, para que não destoe dos objetivos e leis aplicáveis à Administração Pública.

7 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011;

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009;

ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O Regime diferenciado de contratações na INFRAERO. In: FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13795/FGV%20-%20O%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contrata%c3%a7%c3%b5es%20na%20Infraero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15 de setembro de 2019;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228- 229;

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Terminologias Rodoviárias Usualmente Utilizadas. In: DNIT. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/rodovias/rodovias-federais/terminologias-rodoviaras/terminologias-rodoviaras-versao-11.1.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2019;

CAMPOS, Éric Izáccio de Andrade. Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aspectos relevantes trazidos pela Lei 12.462/2011. In: TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-aspectos-relevantes-trazidos-pela-lei-12-462-2011.htm>>. Acesso em 25 de outubro de 2019;

CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: Justen. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf>, acesso em 17 maio de 2019;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018;

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019;

DELGADO, José Augusto. Do conceito de Licitação ao seu Objeto. In: **Google Acadêmico**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062447.pdf>>. Acesso em 20 de agosto de 2019;

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 66-67 e 70-71;

FAS@JUS: e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho - Vol. 3, n. 1, 2013. Montes Claros, MG: Fundação Santo Agostinho, 2013. O regime diferenciado de contratações públicas: as principais inovações trazidas pela Lei 12.462/11. In: **FAS@JUS**. Disponível em: <https://fasa.edu.br/assets/arquivos/files/Fas@Jus%20v_3,%20n_1_%202013.pdf>. Acesso em 29 de setembro 2019;

FIUZA, Eduardo P. S. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas**. IPEA, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5375>>. Acesso em 15 de setembro de 2019;

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Em defesa do Regime Diferenciado de Contratações. In: **Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa..pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2019;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. Editora Dialética. 2013, p. 178;
JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010;

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Presidência da República. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2019;

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7. ed. – 6. reimpr. São Paulo: Atlas: 2011;

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Relatório de Execução do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC 2017**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/2017/pac/2017-12-31_relatorio_execucao_2017.pdf/view>. Acesso em: 15 de outubro 2019;

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. **Infraestrutura Rodoviária**. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/component/content/article.html?id=5212>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019;

MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em 29 de setembro de 2019;

REK, Marcos. Os princípios basilares da administração pública e os aplicáveis às licitações. **In: Conteúdo Jurídico.** Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38450/os-principios-constitucionais-da-administracao-publica-e-os-aplicaveis-as-licitacoes>>. Acesso em 20 de agosto de 2019;

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas.** São Paulo: Atlas. 2012. p. 103;

RICHARDSON, R. J. et al. **Pesquisa social: métodos e técnicas.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999;

RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. **A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas.** 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016;

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo.** 5ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003;

SOARES, Diessika Rafaely Marques de Freitas. Do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **In: Jus.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27919/do-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas>>. Acesso em 26 de outubro de 2019;

SOUSA, Suenia Abrantes. O sigilo do orçamento no regime diferenciado de contratações públicas. **In: Conteúdo Jurídico.** Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46649/o-sigilo-do-orcamento-no-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas>>. Acesso em 26 de outubro de 2019;

TELLO, Diana Carolina Valência. Críticas ao regime diferenciado de contratações públicas. **In: Revista Prolegómenos Derechos y Valores.** Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n38/v19n38a05.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2019;

TOCANTINS. Lei 3.177, de 28 de dezembro de 2016. **Estima receita e despesa do Estado do Tocantins para o exercício de 2017.** Disponível em: <<https://seplan.to.gov.br/orcamento/leis---lde-e-loa/lei-orcamentaria-anual---loa--2010-a-2018/>>. Acesso em: 16 de julho de 2019;

União, Brasília, DF. 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2019;

ZYMLER, Benjamim e Laureano Canabarro Dios. **Regime diferenciado de contratações.** 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.