



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
(LEI. 8.666/93) E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (LEI 12.462/11)**

Daniel Nascimento Santana

Marília Mendonça Morais Sant'Anna

Aracaju

2015

DANIEL NASCIMENTO SANTANA

**AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
(LEI. 8.666/93) E A LEI DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (LEI
12.462/11)**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em 28/11/2015.

Banca Examinadora

Marília Mendonça Morais Sant'Anna

Professora Orientadora

Universidade Tiradentes

Acácia Gardênia Santos Lelis

Professora Examinadora

Universidade Tiradentes

Renata Cristina Macedônio

Professora Examinadora

Universidade Tiradentes

AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI. 8.666/93) E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (LEI 12.462/11)

Daniel Nascimento Santana¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de análise o comparativo entre as leis do Regime Diferenciado de Contratações e de Licitações e Contratos, visando esclarecer suas principais características diferenciadoras, bem como refletir criticamente a respeito da aplicação de tão recente e polêmica lei. A fim de atingir o objetivo delineado, inicia-se abordando a definição e as características da chamada pré-qualificação permanente e da obrigatoriedade da inversão de fases, inovações trazidas pela lei 12.462/11, e, em seguida, observando a possibilidade da contratação integrada, combinada com a figura da contratação simultânea. A partir da pesquisa doutrinária e legal, cumpre, ainda, evidenciar o conceito da orçamentação prévia sigilosa, remuneração variável, além do novo critério de julgamento do maior retorno econômico. Ainda, insta salientar a explícita possibilidade de indicação de normas e marcas, bem como a organização de preços mediante um sistema de registro. Entende-se a essência da lei do Regime Diferenciado de Contratações mediante a observação dos princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, pilares centrais da norma, além da explicitação das inovadoras concepções em comparativo ao *status quo*, às regras gerais da licitação. O trabalho é desenvolvido mediante utilização do método qualitativo e técnica bibliográfica mais adequados ao que se pretende estudar.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações. Diferenciações. Lei Geral de Licitações e Contratos. Economicidade. Desenvolvimento Nacional Sustentável

1 INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, o Regime Diferenciado de Contratações, trazido pela lei 12.462/2011, surge a fim de buscar a melhor celeridade e economicidade dos procedimentos licitatórios. O assunto atinge os distintos olhares pelos polêmicos

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: danielsantana_93@hotmail.com

dispositivos e por todas notícias que envolveram as obras dos eventos esportivos, dentre eles as Olimpíadas e a Copa do Mundo FIFA, além do seu posterior ampliamto a diversas obras do governo.

Em confronto ao *status quo*, que é a Lei Geral de Licitações e Contratos (lei. 8.666/93), diversos temas são destacados. Dentre eles, os principais foram selecionados a fim da melhor elucidação acerca do controvertido regime diferenciado de contratações.

Adições foram feitas na seara dos princípios, surgindo os princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, linhas básicas que transpassam todos os tópicos desenvolvidos devido à suas essencialidades. A elogiável inovação da pré-qualificação permanente, elucidada pela lei 12.462/2011, traz o propósito de melhor organizar os possíveis fornecedores. Realça-se, também, a obrigatoriedade da inversão de fases, visando a maior agilidade do procedimento licitatório, assim como a contratação integrada e a contratação simultânea, meio de atingir a execução do objeto da maneira mais eficaz. Outrossim, o controverso orçamento prévio sigiloso surge para buscar a maior isonomia entre os participantes, além da melhor viabilidade financeira para o Estado, do mesmo modo que as novidades da remuneração variável e do critério de julgamento do maior retorno econômico. Por fim, insta sobrelevar a possibilidade de indicar normas e marcas, além do sistema de registro de preços, fundamentais à garantia de qualidade do objeto e da igualdade na licitação. À vista disso, é o caso de se fazer um estudo comparado entre as leis, trazendo os novos tópicos do regime diferenciado de contratações.

Para atingir todos estes propósitos, é utilizado o método de análise qualitativo, mediante técnica de pesquisa bibliográfica, visando levantar, baseado nos mais diversos comentários teóricos, a melhor explicitação do conteúdo que segue abaixo. O anseio do presente artigo científico é, dessarte, comparar as regras trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações (lei 12.462/11) perante a Lei Geral de Licitações e Contratos (lei. 8.666/93).

2 PRINCÍPIOS TRAZIDOS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Inicialmente, como em qualquer matéria jurídica, cumpre explicitar a base lógica de toda a estrutura normativa que é composta pelos princípios, afinal estes orientam os alcances interpretativos do subsistema contratual e impossibilita a criação de elementos formais que os afrontem.

Além dos já utilizados pela lei de licitações e contratos como a probidade administrativa, a legalidade e a moralidade, entre outros (artigo 3º, caput, lei 8.666/93), a norma que preconiza o regime diferenciado de contratações trouxe à baila dois novos conceitos: o princípio da economicidade e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável (artigo 3º da lei. 12.426/11)². É bem verdade que este último, somente foi elevado a esta categoria, afinal já havia sua menção como ideia a ser promovida pela lei 8.666/93 e aquele pode ser interpretado como um princípio correlato do artigo 3º, caput da mesma lei. Por fim, há quem considere o princípio da eficiência como um acréscimo da lei do RDC, como Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015), entretanto, para efeitos didáticos deste artigo científico, tal vertente não será seguida tendo em vista a já explicitação do princípio no caput do artigo 37 da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº19 de 1998.

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável, já definido pela lei 8.666/93 como um objetivo e agora levantado à categoria de princípio, possui diversos espectros interpretativos, desde a tendência mundial da proteção ambiental à valorização dos produtos e serviços nacionais.

Sob o aspecto da sustentabilidade ambiental, ocorre a sua explanação no §1º, artigo 4º da lei 12.462/11, ao preconizar algumas disposições a serem seguidas pelos contratos no RDC. Destaca-se, assim, que as contratações devem prever sobre a adequada eliminação de resíduos sólidos advindos da obra; a redução dos gastos energéticos e naturais, além da sua compensação ambiental; análise dos efeitos na vizinhança; proteção ao meio-ambiente cultural; observância dos direitos de pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. Portanto, importante a preservação da qualidade ambiental às futuras gerações, devendo, inclusive, tais determinações legais serem incluídas em futuras disposições normativas e, efetivamente, exigidas.

² Artigo 3º. As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, **da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (grifo nosso).

Por outro lado, concomitantemente à observância ambiental, a lei do RDC trouxe o princípio do desenvolvimento nacional sob o aspecto econômico e industrial, visando estimular o empresariado nacional e os investimentos em pesquisa. Tendo em vista o artigo 25, inciso III da lei 12.462 em referência ao artigo 3º, §2º da lei 8.666/93, insta salientar a preferência dada em caso de empate aos produtos produzidos no Brasil ou por empresa brasileira, além das empresas que invistam em pesquisa no território nacional. Ainda no mesmo artigo da lei de Licitações e Contratos, é mister citar os §§ 6º e 8º que preceituam a necessidade de estudos periódicos para o estabelecimento da margem de preferência, além de que esta não pode ultrapassar o valor de 25% (vinte e cinco por cento) sobre os seus similares estrangeiros. Portanto, o RDC visa estimular o arcabouço financeiro e a indústria nacional mediante os dispositivos legais supracitados, devendo sempre buscar a economicidade nos investimentos contratuais.

O princípio da economicidade é conceituado, conforme Bruno (*apud* ARAÚJO; RODRIGUES, 2012), como a

[...] análise da relação custo-benefício que assegure não haver desperdício de recursos públicos, verificação que deve dar-se na observação da conformidade e do desempenho da opção realizada pelo agente em relação aos resultados efetivamente obtidos com a ação administrativa.

Portanto, o princípio visa equilibrar os gastos públicos com sua real conversão em serviços públicos, sem necessariamente buscar o menos custoso, mas sim o mais eficaz.

Diante dos ilustres dizeres de Maria Zanella di Pietro (2015, p. 492), o princípio da economicidade “constitui aplicação da relação custo-benefício e já está inserido entre os aspectos submetidos à fiscalização contábil, financeira e orçamentária pelo Congresso Nacional, conforme artigo 70 da Constituição”³. Assim, o princípio já se fazia indicado no texto constitucional, porém como instrumento de fiscalização. A lei 12.462/11 o traz de uma maneira estendida ao torná-lo expresso em legislação infraconstitucional, inovando assim em relação à lei de licitações e contratos. Por fim, insta salientar que a inovação do orçamento sigiloso é umas das concretizações do princípio da economicidade.

³ Artigo 70, caput. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, *economicidade*, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O orçamento sigiloso, surge como aliado à economicidade ao potencializá-la e, ao mesmo tempo, cria uma exceção ao princípio da publicidade. O orçamento estimado somente será demonstrado aos órgãos de controle externo e interno, sendo publicado somente às informações necessárias à demonstração das propostas, como os fatores quantitativos, a fim de se evitar o conluio entre os licitantes. Logo, ao não divulgar a todos da população, limita-se a devida publicidade. Maiores informações serão explicitadas em tópico posterior.

Portanto, observa-se a elevação pela lei do regime diferenciado de contratações do desenvolvimento nacional sustentável, em todas as suas facetas, ao patamar de princípio contratual e a explicitação da economicidade, ainda que já existente na redação constitucional, inovando assim perante a lei de licitações e contratos.

3 DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO PERMANENTE E DA INVERSÃO DE FASES NO PROCEDIMENTO DO RDC

Novidade trazida pela lei do RDC, o procedimento auxiliar da pré-qualificação permanente é definido como uma decisão administrativa, anteriormente analisada por pontos objetivos e procedimento adequado, que visa apontar fornecedores que cumpram os requisitos da habilitação e bens ou serviços condizentes às determinações técnicas, conforme artigo 30, incisos I e II da lei 12.462/2011⁴. Objetiva o procedimento, assim como toda a estrutura normativa do regime diferenciado de contratações, agilizar e facilitar a licitação com vistas às suas diretrizes legais.

São características da pré-qualificação na lei do RDC, conforme parágrafos do artigo 30, o fato de estar sempre aberta a possibilidade de inscrição de novos interessados. A propósito, esta permanência na abertura do procedimento é uma das diferenciações quanto à lei de licitações e contratos que serão posteriormente elencadas. Outros aspectos atribuídos ao procedimento auxiliar em epígrafe são a validade máxima de 01(um) ano, facultando a sua renovação a qualquer tempo; a licitação poderá se restringir aos pré-qualificados ou mesmo ser limitada a grupos/segmentos, analisando o

⁴ Artigo 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar: I - fornecedores que reúnem condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e; II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

campo de conhecimento dos fornecedores; e, por fim, a viabilidade da qualificação ser parcial ou total em relação aos itens do artigo 27 da lei 8.666/93⁵.

Acerca das diferenças entre a lei do regime diferenciado de contratações e a lei geral de licitações e contratos acerca do procedimento de pré-qualificação, destacam-se as principais a seguir descritas.

Inicialmente, observa-se que a pré-qualificação da lei 8.666/93 visa somente o escolher de propostas ao procedimento licitatório, enquanto a lei do regime diferenciado de contratações amplia o raio de atuação, compreendendo o aspecto objetivo e o subjetivo. Ou seja, a lei 12.462/2011 envolve o discernimento de quais indivíduos serão os licitantes aptos à habilitação, além de quais objetos vêm a atender os dizeres de qualidade e técnicos do Estado. Assim, poderão ser exigidas especificações, como amostras de produtos e carta de solidariedade entre fornecedor primário e revendedor ou distribuidor, a fim de melhores verificações e garantias acerca da contratação.

Cumprindo indicar, também, que a pré-qualificação da lei de licitações e contratos analisa apenas a qualificação técnica dos envolvidos, enquanto na lei 12.462/2011, por falta de especificação do artigo 30, inciso I, deve ser observada a habilitação em geral, em todos os seus aspectos. Contudo, expressamente, como já supracitado, esta lei pode pré-qualificar de maneira parcial, levando a considerar que algumas qualificações podem ser levadas em consideração, outras não, ou seja, não há necessidade de que sejam exauridos todos os aspectos da qualificação. Por outro lado, a lei 8.666/93 ainda que se restrinja a explicitar o caráter técnico, caso haja uma habilitação mais completa, englobando outras características, esta não pode ser impedida sob pena de ilegalidade.

Terceira diferenciação paira sobre o número de possibilidades contratuais advindas da pré-qualificação. Na lei 8.666/93, este procedimento auxiliar é restrito somente a um contrato, a uma única licitação, ou seja, serve para limitar a área de disputa para um único contrato. Por outro lado a lei do RDC, ao atribuir a característica de permanente à pré-qualificação, com a ressalva da atualização de informações em no máximo 01(um) ano, aumenta-se a possibilidade de contratos a terem licitantes já qualificados, desde os presentes, aos futuros. Logo, a pré-qualificação permanente

⁵ Artigo 27. Para a habilitação, nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I- habilitação jurídica; II- qualificação técnica; III- regularidade fiscal; IV- regularidade fiscal e trabalhista; V- cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

abrange um maior número de licitantes, visando atender a maior vantagem ao Estado, contrabalanceando proveitos e custos.

Tendo em vista as diferenças entre as leis em análise, por fim, cumpre tornar explícitas as interessantes palavras de Maria Zanella di Pietro (2015, p. 507), ao salientar que

na lei nº 8.666 (art. 114), o procedimento para pré-qualificação deverá observar as exigências relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise de documentação; no RDC, o procedimento abrangerá a convocação e a habilitação, com exame dos documentos exigidos e dos bens, com outorga de certificado aos pré-qualificados, renovável sempre que o registro for atualizado (Art. 83, §§1º e 2º, e art. 84); [...]

Portanto, observa-se a latente amplitude da pré-qualificação presente no RDC ao compará-la com a da lei de licitações e contratos, nos seus mais diversos aspectos, afirmando a busca da celeridade que a lei 12.426/2011 tanto preconiza.

Outrossim, com o início do procedimento licitatório em si, cumpre destacar a obrigatoriedade da inversão de fases explicitado no artigo 12 da lei do RDC. Ainda que similarmente preconizado pela Lei do Pregão (lei 10.520/2002) e pela Lei de Parcerias Público-Privadas (lei 11.079/2004), observa-se a inovação ao comparar com a lei 8.666/93, buscando a maior velocidade do processamento contratual. Portanto, busca-se a celeridade ao colocar a fase classificatória à frente da habilitação, só podendo voltar àquela da ordem estabelecida pela lei geral de contratos e licitações se motivado e previsto no ato convocatório (*vide* artigo 12, parágrafo único, lei 12.462/2011).

Constata-se a obrigatoriedade da inversão de fases na lei do Regime Diferenciado de Contratações, ou seja, o julgamento das propostas precede a habilitação dos licitantes. Entende-se por habilitação o diagnóstico da capacidade dos sujeitos interessados tendo em vista a idoneidade e, se positivamente compreendidas, a concessão da representatividade do direito à licitação. Portanto, há a escolha do licitante mediante o julgamento das propostas ofertadas; em seguida, o verificar dos requisitos à habilitação; e, por fim, a adjudicação do licitante declarado vencedor ao objeto contratual.

Interessante apontar aqui que, para Bruno Lira e Marcos Nóbrega (*apud* BITTENCOURT, 2015)

Com esta inversão, em vez de haver uma verdadeira guerra de todos contra todos, em que os diferentes participantes do certame buscam eliminar os demais concorrentes, todos concentram a sua atenção, apenas, no autor da melhor proposta. Isto garante uma maior celeridade para o procedimento licitatório.

De uma maneira mais lenta, a lei 8.666/93 respalda a análise dos sujeitos interessados na licitação previamente ao julgamento de suas propostas. Logo, esta ordem procedimental visa evitar que a Administração Pública, após ver as propostas, padeça de cumplicidade em relação à alguma falha na habilitação do licitante. Portanto, pode-se dizer que a lei de licitações e contratos, apesar de mais burocrática, tenta alcançar uma classificação de propostas mais equânime, menos passível de falhas.

Em vista disso, necessário frisar que a característica da permanência atribuída à pré-qualificação no RDC, além da inversão de fases, sendo a habilitação precedida do julgamento, diferencia o procedimento quanto à lei geral de licitações e contratos, tornando-o célere, respeitando sempre os princípios basilares da lei 12.462/2011.

4 DA CONTRATAÇÃO NO RDC. CONTRATAÇÃO INTEGRADA. PARCELAMENTO DO OBJETO. CONTRATAÇÃO SIMULTÂNEA

Ao verificar os artigos 39 e 44 da lei do regime diferenciado de contratações, constata-se que os contratos administrativos desta lei devem seguir os parâmetros da lei 8.666/93, no que aquela não o especificar. Entretanto, algumas novidades são apresentadas, dentre elas, destaca-se a contratação integrada.

A contratação de característica integrada é empregada quando de licitações de obras e serviços de engenharia, quando técnica e economicamente fundamentada, envolvendo inovações tecnológicas ou técnicas, acaso de execução com distintas metodologias, ou oportunidade de execução mediante tecnologias de mercado restrito, conforme artigo 9º da lei 12.462/2011. Deste modo, a novidade surge para tornar o procedimento mais eficiente, seja pelo viés técnico ou financeiro, dando maior autonomia ao particular contratado.

Segundo Augusto Neves Dal Pozzo (*apud* DE MELLO, 2015),

[...] “a contratação integrada” já existia, prevista no “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado” da Petrobras, aprovado pelo decreto 2.745/1998 e que, embora sua constitucionalidade tenha sido

objeto de questionamentos, tanto no Tribunal de Contas da União quanto no Supremo Tribunal Federal, não só, mas inclusive em razão de seus preceitos, o fato é que a estatal o tem utilizado vários casos concretos.

Assim, a inovação trazida pelo instituto é a ampliação da sua aplicabilidade, não tão somente aos contratos da empresa estatal petrolífera, mas também às demais áreas instituídas, com acréscimos posteriores, pela lei do regime diferenciado de contratações.

Ainda nos termos deste artigo, em seu §1º, aduz-se que cabe ao contratado elaborar o projeto executivo e o projeto básico, respeitando o preço aventado previamente pela administração pública⁶. Em seguida, o §2º preleciona em seu inciso segundo que a estimativa de valor do contrato será baseada nos preços de mercado, nos preços cobrados pelo Estado em situações contratuais semelhantes ou na perspectiva de custo global da obra, redigida em orçamento simplificado.

Por fim, estipula o parágrafo quarto que é proibida a utilização de termos aditivos ao contrato, salvo caso fortuito ou força maior ou a pedido da Administração às garantias do princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Acerca deste tema, alude o eminente Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 685) que “tal vedação nos parece, no mínimo, exagerada, já que, por exemplo, é forçoso admitir a realização de aditivos para a alteração do ‘nome’ da contratada ou até mesmo do local de realização da obra”.

Da contratação integrada, decorre a dispensabilidade do projeto básico do edital licitatório ou outro meio convocatório à licitação, comutando pelo disposto no inciso I do §2º, artigo 9º da lei do regime diferenciado de contratações. Lembra Maria Zanella di Pietro (2015, p. 405) que

em caso de adoção desse regime, não se aplicam, por razões óbvias, as vedações de participação direta ou indireta nas licitações: I- da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente; II- da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente; III- da pessoa jurídica na qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de cinco por cento do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou IV- do servidor, empregado ou ocupante de cargo

⁶ Artigo 36, §2º, lei 12.462/2011. O disposto no *caput* deste artigo não impede, nas licitações para a contratação de obras ou serviços, a previsão de que a elaboração do projeto executivo constitua encargo do contratado, consoante preço previamente fixado pela administração pública.

em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (art. 3º, §1º, do Decreto nº 7.581/11).

Logo, é necessário à existência de um “[...] anteprojeto de engenharia”⁷, gerando maior maleabilidade à execução da obra ou prestação de serviços e atenuando as informações em posse do Estado para o controle em relação ao contratado. Ainda assim, concerne como garantia à Administração Pública a responsabilidade do particular acerca da execução do projeto básico, levando à diminuição de futuros inconvenientes ao erário.

Conforme Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015), as grandes críticas que pairam sobre o RDC estão focadas sobre a suposta inexatidão acerca do objeto e do valor licitatório por se basear em projeto feito pelo vencedor do contrato. Por outro lado, alude o mesmo autor que esta incerteza deve ser suprida por um anteprojeto de engenharia e uma exposição técnica extremamente detalhada e resoluta.

Outrossim, ao analisar a possibilidade de contratação simultânea prevista no artigo 11 da lei 12.462/2011, compreende-se da leitura de seu parágrafo segundo que esta modalidade não pode ser aplicada à contratação integrada. Por lógica, esta informação já poderia ser obtida, entretanto o dispositivo explicitou que o instituto “não se aplica aos serviços de engenharia”.

A contratação simultânea é a uma manifestação externa do princípio da economicidade e apresenta-se como um instituto como uma atuação de particulares para a consecução de uma mesma atividade. Por conseguinte, a possibilidade de mais de uma empresa executar um objeto indivisível depende de fundamentação expressa e observância da viabilidade financeira, além da conveniência (artigo 11, inciso II). Esta não se confunde com o mérito administrativo, pois no caso da contratação não há discricionariedade, mas sim uma escolha sobre a qualificação técnica mais vantajosa à Administração Pública.

Insta ressaltar que o termo economia de escala previsto no caput, *in fine*, do artigo 11 da lei do RDC, o artigo que aborda o tema da contratação simultânea, é definido como a equação inversamente proporcional entre as despesas e as receitas envolvidas no contrato. Além do mais, cumpre salientar, conforme o §1º do mesmo

⁷ Artigo 9º, §2º, I, lei 12.462/2011. No caso de contratação integrada: o instrumento convocatório deverá conter **anteprojeto de engenharia** que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, [...]

artigo, que a fiscalização feita pela Administração da execução contratual deve ser sobre as contratadas individualmente, ainda que o objeto em execução seja indivisível.

Portanto, a contratação integrada e a contratação simultânea, em seus inúmeros aspectos, são inovações trazidas pelo RDC frente à lei geral de licitações e contratos.

5 DAS LIMITAÇÕES À PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO ESTIMADO. DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

Ao figurar como mais uma inovação da lei 12.462/2011 frente à lei geral de licitações e contratos, apresenta-se o artigo 6º o qual preleciona a figura do orçamento estimado sigiloso alicerçado pelo princípio da economicidade. Define-se como estudo resultante de pesquisa de mercado a fim determinar o limite máximo que a Administração irá dispor no contrato. Seu silêncio é mantido até o finalizar do procedimento licitatório, ressalvados os detalhes de valores necessários à elaboração de propostas e às informações que devem ser disponibilizadas aos órgãos de controle externo e interno.

Não é segredo o orçamento prévio quando forem adotados os critérios de julgamento do maior desconto ou de melhor técnica. Desta maneira, é evidente a presença destas exceções pela necessidade de se saber o valor da licitação a fim do particular determinar o seu melhor preço ou para o particular saber o prêmio ou recompensa que será dada ao fim do concurso. Cumpre salientar que o sigilo, após encerrada a licitação, tem de se tornar público em respeito ao princípio da publicidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

No sentido de moderar a publicidade de procedimento licitatório na modalidade pregão, anterior à elaboração da lei 12.462/2011, o Tribunal de Contas da União, segundo Rafael Carvalho Rezende Olveira (2015, p. 205) instruiu em ementa que “ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los”

Polêmica é a discussão se o instituto ofende ou não o princípio da publicidade. Maria Zanella Del Pietro (2015) posiciona-se pela constitucionalidade do sigilo e assim deve ser “[...] preservado apenas na medida necessária para preservar o interesse

público. [...] Além disso, o art. 5º, LX, da Constituição permite seja restringida a publicidade em benefício do interesse social.”. Outros argumentos pró-sigilo levantados pela doutrina são: impedir o conluio entre os participantes e que o sigilo facilita o momento de negociação entre a comissão licitatória e os licitantes. Por outro lado Daniel Ferreira e José Anacleto Abduch Santos (*apud* DI PIETRO, 2015) argumentam acerca da inconstitucionalidade por ofender a publicidade licitatória e por possibilitar alguma espécie de manipulação estatal acerca do valor máximo estipulado.

Outra singularidade trazida pela lei do regime diferenciado de contratações é a figura da remuneração variável presente no artigo 10⁸. Mediante esta inovação, a retribuição econômica dada ao particular pode ser atribuída à consecução de metas, prazos, padrões de qualidade e critérios de sustentabilidade ambiental, cumprindo o limite orçamentário estipulado pelo Poder Público. Além disto, podem servir de medidores de eficiência, baseados no princípio da proporcionalidade, o que foi disposto no anteprojeto de engenharia e as benesses produzidas para o Estado.

Como uma consequência lógica, a variação na recompensa pode ser positiva ou negativa, a exemplificar como também ocorre nas parcerias público-privadas. Quando assim ficar caracterizada, não poderá ser tratada como sanção por ser mera concretização de critérios de desempenho estabelecidos objetiva e previamente. Outrossim, importante a clara definição destes critérios a fim de esquivar o procedimento licitatório de abstrações, de vagos parâmetros subjetivos que podem vir a comprometer os princípios constitucionais da eficiência e da isonomia.

Preleciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 201) que

A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da “Administração de Resultados”, os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficácia administrativa.

⁸ Artigo 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Portanto, a remuneração variável, ainda que já presente na lei que versa sobre a parceria público-privada (lei 11.079/04), vem a diferenciar-se da lei geral de licitações e contratos em seus variados quesitos, assim como o controverso sigilo do orçamento estimado, ambos propulsores da economicidade no regime diferenciado de contratações.

6 NOVO CRITÉRIO DE JULGAMENTO: MAIOR RETORNO ECONÔMICO

O maior retorno econômico, conforme disposto no artigo 18, inciso V e artigo 23, ambos da lei 12.462/2011, é uma inovação quanto aos critérios de julgamento à licitação, sendo aplicado unicamente aos contratos de eficiência. O retorno financeiro ao Poder Público é calculado via equação entre propositura de trabalho e de preço. Assim, mediante propostas pormenorizadas, tecnicamente completas, incluindo informações de valores e de trabalho, deve ser selecionado o contratante que assegure o menor custo à Administração Pública.

Nos termos do §1º do artigo 23, o contrato de eficiência é definido como aquele que tem por objeto a prestação de serviços, incluindo a realização de obras e o fornecimento de bens, a fim de levar economia ao contratante, no caso, o Poder Público, mediante redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Analisa Sidney Bittencourt (2015, p. 154) que

Verifica-se, em função dos efeitos anteriormente listados, que o contrato de eficiência é uma espécie de contrato de risco no qual a remuneração do contratado tem conexão direta com a economia por ele proporcionada à Administração, quanto maior a economia, mais elevada será a remuneração

As despesas correntes são aquelas que objetivam a manutenção do serviço público, a exemplificar gastos com pessoal, com material de consumo, com inativos, entre outros. Logo, estes custos são transferidos ao particular no contrato de eficiência. A exemplificar, prestadora de serviço de distribuição de água que arca com a manutenção dos encanamentos e maquinários utilizados na execução.

Outro ponto interessante, conforme preleciona Odete Medauar (2015, p. 254), é que não devem ser confundidas as inovações do contrato de eficiência e do contrato de remuneração variável, concretizações do princípio da economicidade. Vejamos:

Na contratação de remuneração variável há previsão de metas relativas a vantagens adicionais para a Administração; sendo atingidas, o contratado receberá acréscimo na sua remuneração, não se caracterizando inexecução contratual se as metas não forem atingidas. Na hipótese do contrato de eficiência, o contratado tem a obrigação de gerar economia para a Administração e sua remuneração será um percentual da economia realizada; se a economia não for obtida, poderá haver redução na remuneração do contratado e também poderá haver sanção por inexecução contratual e outras (art. 23, §3º, I, II e III)

Portanto, interessante é a inovação ao proporcionar a diminuição de gastos por parte do Poder Público, além de utilizar-se do *know-how* e das operações da iniciativa privada. Em concordância com Boselli (2013, p. 109), “mostra-se, assim, um instrumento contratual extremamente interessante para a Administração”, traduzindo-se em um mecanismo que poderia ser seguido em outras modalidades licitatórias.

7 PROCEDIMENTOS AUXILIARES À LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. INDICAÇÃO DE NORMAS E MARCAS

O artigo 29 da lei do regime diferenciado de contratações prevê os procedimentos auxiliares à licitação. Um deles já foi trabalhado em tópico anterior que foi a pré-qualificação permanente, sendo que esta característica que é a diferenciadora da lei de licitações e contratos. Cumpre agora explicitar o instituto do registro de preços em seus aspectos distintos à lei 8.666/93.

Roberto Ribeiro Brazilli e Sandra Miranda (*apud* BITENCOURT, 2015) elaboraram interessante conceito acerca do Sistema de Registro de Preços. Vejamos:

Registro de preços é o sistema de compras segundo o qual a Administração convoca os interessados em lhe fornecer materiais, equipamentos e gêneros, os quais, selecionados mediante licitação, obrigam-se a entregar-lhe, quando solicitado, os bens pelo preços classificado, atualizado ou não, nas quantidades pedidas, durante o prazo de validade do registro

O procedimento de Registro de Preços vem mencionado no artigo 32 da lei 12.462/2011, definido no artigo 88, I do decreto nº 7.581/11⁹, com a serventia de melhor organização de posteriores contratações, tratando da prestação dos serviços

⁹ Artigo 88, I. Sistema de Registro de Preços – SRP – conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, de aquisição de bens e de execução de obras com características padronizadas

públicos. Deve ser coordenado por um chamado órgão gerenciador, responsável pelo procedimento e elaborador da ata de registro. Por fim, cumpre definir esta como um escrito vinculativo de informações necessárias aos contratos futuros, como órgãos envolvidos, fornecedores e valores atribuídos à prestação, ainda que não obrigue a Administração a contratar, desde que assegurada a isonomia entre os licitantes. Assim, a ata obriga os licitantes, mas não a Administração à contratação.

Para a materialização do registro de preços, algumas condições são necessárias e estão versadas no §2º do artigo 32 da lei do RDC. Destacam-se a definição de período máximo válido da ata de registro; a realização de uma ampla e prévia pesquisa de mercado; a obediência ao procedimento estabelecido no decreto regulamentador; o controle e atualização dos preços inseridos na ata; e, por fim, a inserção dos licitantes que igualarem o preço do seu serviço ao do licitante vencedor, além daqueles que permanecerem com suas propostas iniciais.

Diferencia-se do registro de preços da lei 8.666 em alguns aspectos. Dentre eles, ressaltam-se: a) a impossibilidade de acréscimos quantitativos em relação ao valor previsto na ata de registro de preços (art. 100, §1º do decreto nº 7.581/11); b) conforme o artigo 99, parágrafo único, do mesmo regulamento, o prazo de vigência máximo do registro é de doze meses (e mínimo de três meses); c) restringe-se a aglutinação posterior à ata na proporção de cinco vezes aos já registrados.

Outrossim, a indicação de marca ou modelo é inovadora, não na sua aparição, mas sim na sua especificação. A lei do regime diferenciado de contratações em seu artigo 7º, inciso I, definiu em maiores detalhes as hipóteses de incidência (ao contrário da lei 8.666/93 que apenas utilizou o termo “tecnicamente justificável”). Assim, uma vez que devidamente fundamentada, a indicação de marca ou modelo pode ocorrer quando da necessidade uniformização do objeto; quando apenas uma marca for capaz de oferecer o objeto ou serviço licitado; ou, ainda, quando a descrição do objeto for melhor entendida pela indicação da marca, sendo obrigatória a adição ao final do termo “ou similar ou de melhor qualidade” a fim de garantir o princípio da igualdade entre os licitantes.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei Geral de Licitações e Contratos utiliza de diversos artifícios a fim de garantir a igualdade entre os participantes do procedimento licitatório, o que a torna pouco célere e burocrática. A lei do Regime Diferenciado de Contratações surgiu a fim de trazer esta celeridade de volta à baila, encurtando caminhos, porém sem desconsiderar a economicidade, o desenvolvimento nacional sustentável e o mesmo princípio da isonomia. Ocorre que o mundo ideal não se aproxima do mundo prático.

Tendo em vista as diferenças do RDC em busca do mais ágil procedimento, diversas notícias de superfaturamento e esquemas, inclusive envolvendo a organizadora da copa do mundo, a FIFA, se destacam na mídia. A ampliação do campo de atividade legal preocupa ainda mais: a lei pode ser utilizada em diversas obras de infraestrutura corriqueiras, como as do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e as ampliações de estabelecimentos penais. Os intentos de tornar o processo licitatório dinâmico é interessante, desde que hajam pessoas de boa-fé circundando-o, utilizando das verbas públicas. Infelizmente, o descaso já pode ser visto: deteriorações no estado Mané Garrincha em Brasília e inutilização da Arena da Amazônia em Manaus são claros exemplos.

A inovação da permanência do sistema de pré-qualificação é cativante desde que respeitada as igualdades entre os já qualificados e os licitantes que decidirem futuramente aderir. A inversão de fases e o orçamento prévio sigiloso saltam aos olhos com ânimo pela celeridade, contanto que o vencedor escolhido seja de fato o melhor envolvido na disputa. A contratação integrada e a simultânea garante a execução de um objeto mais condizente com o ideal, se devida a distribuição entre as empresas e condizente o preço global da obra. A remuneração variável, o critério do maior retorno econômico, a indicação de normas e marcas, o registro de preços: todos eles, todas as inovações só serão faticamente justificáveis quando da integridade dos envolvidos no procedimento licitatório.

Desse modo, a compreensão correta do Regime Diferenciado de Contratações passa pela honestidade do interprete, dos licitantes e dos entes governamentais envolvidos no procedimento. Sua finalidade é decente, consentânea à celeridade e economicidade da tendência global administrativa, diminuindo os entraves da burocracia, buscando o incremento nacional em observância aos princípios ambientais. Portanto, a boa-fé dos envolvidos é fundamental para a efetivação plena do RDC.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p 724-735

ARAGÃO, Ferdinando. **O regime diferenciado de contratações na INFRAERO**. Dissertação (mestrado). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2015

ARAÚJO, Leticia Malta; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. **A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos**, Revista do Serviço Público Brasília 63 (1): 43-62 jan/mar 2012. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAAAhUKEwif_sflks_IAhXGkpAKHdieAkw&url=http%3A%2F%2Fwww.spell.org.br%2Fdocumentos%2Fdownload%2F35642&usg=AFQjCNFbBhQ3PnrL_qI0_DiVJDZ4pFKOgg. Acesso em: 18 out. 2015

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas – RDC**. 2ª Ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Editora Fórum

BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. **O regime diferenciado de contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos** de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 out. 2015

BRASIL. **Lei do Regime Diferenciado de Contratações** de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 02 out. 2015

BRASIL. **Regulamento nº 7.581** de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em 05 out. 2015

JUSTEN FILHO, Marçal. **A pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações no RDC (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº56, outubro de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-marcal_rdc.pdf>. Acesso em 19 out. 2015

LEE, Eduardo da Rocha. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Aspectos Controvertidos da Lei nº 12.462/2011**. Artigo Científico (pós-graduação). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A inversão das fases e as alterações na fase de habilitação no RDC**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº54, setembro de 2011, disponível em: < <http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Monica.pdf>>. Acesso em 21 out. 2015

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 425-430

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 249-258

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p 363-375.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p 683-686

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p 737-788

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Contratação Simultânea para serviços do PAC e dos megaeventos esportivos**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº67, setembro de 2012, disponível em < <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=67&artigo=696&l=pt>>. Acesso em 20 out. 2015

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. p 186-216

PEIREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 402-407 p 489-515

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (lei. 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011, disponível em: < <http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>>. Acesso em 21 out. 2015

THE MAIN DIFFERENCES BETWEEN THE BIDDING PROCESS AND CONTRACTS LAW AND THE DIFFERENTIAL CONTRACTS REGIME LAW

ABSTRACT

This article has as object of study the analysis of the differences between the bidding process and contracts law and the differential contracts regime law, aiming to alight the mains characteristics differences, as well as ponder critically the application of so new law. In order to achieve the outlined goal, the article begins approaching the definition and characteristics of the permanent pre-qualification and the mandatory phases inversion, innovations brought by the 12.426/11 law, and, forthwith, observing the possibility of integrated contract, combined with the institute of simultaneous contract. By the legal and doctrinaire research, it's necessary to make clear the concepts of previous secret budget, the variable remuneration and the new judgment criterion of the major economical return. Yet, it is required to emphasize the explicit possibility of brands indication, just like the price organization by a register system. It is believed that the essence of the differential contracts regime law is the observation of two principles: the sustainable national development and the economical use of money. Also these rules are the explicit new concepts comparing to the *status quo*, comparing to the bidding process and contracts law. The work is developed by the use of qualitative and bibliographic technic, more appropriated to what is intended to study.

Key Words: The Differential Contracts Regime Law; The Bidding Process and Contracts Law; The Economical Use of Money; The Sustainable National Development