

FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO



**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO**

Orientador: Especialista Rogério Gonçalves Lima

Orientando: José Rodrigues da Silva Junior

S-0514724

Tombo nº:	20471
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	25-05-15

RUBIATABA

2014

FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

José Rodrigues da Silva Junior

A inconstitucionalidade do Regime Diferenciado De Contratação

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito da FACER- Faculdades- Unidade Rubiataba sob a orientação do Professor Rogério Gonçalves Lima especialista em Direito Civil e Processo Civil, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

RUBIATABA

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

José Rodrigues da Silva Junior

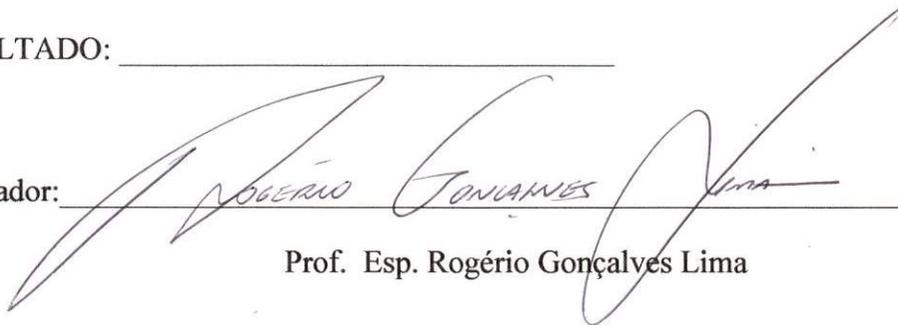
A inconstitucionalidade do Regime Diferenciado De Contratação

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACER-FACULDADES- UNIDADE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____



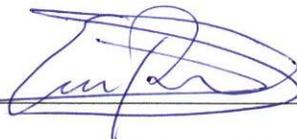
Prof. Esp. Rogério Gonçalves Lima

1º Examinador (a): _____



Profa. Esp. Marilda Ferreira Machado Leal

2º Examinador (a) _____



Prof. Esp. Edilson Rodrigues

RUBIATABA

2014

RESUMO

A Seguinte pesquisa visa compreender e estabelecer a discussão acerca da Constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação, conhecido como RDC é uma modalidade de licitação pública que foi criada para as obras de infraestrutura da Copa do Mundo, Copa das Confederações e dos Jogos Olímpicos. Apresenta-se aspectos históricos inicialmente e depois os Princípios a serem observados na licitação, as modalidades e tipos licitatórios, como funciona o Regime Diferenciado de Contratação desde a elaboração do Projeto até a execução da obra, e por fim abordando a inconstitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4645 e 4655 ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, e por fim revela a inconstitucionalidade presente na lei violando processo legislativo bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Palavras- Chave: Regime Diferenciado de Contratação. RDC. Inconstitucionalidade. Licitação. Copa do Mundo. Olimpíadas.

ABSTRACT

The Next research aims to understand and establish the discussion about the Constitutionality of Differentiated Contracting Regime , known as DRC is a public bidding modality that was created for the infrastructure works of the World Cup , FIFA Confederations Cup and the Olympic Games . It presents historical aspects initially and then the principles to be observed in the bidding, the bidding terms and types , how the Differentiated Regime Hiring from designing the project to the execution of the work , and finally addressing the unconstitutionality by Direct Action Inconstitucionalide of 4645 and 4655 filed before the Supreme Court , and finally reveals the unconstitutional law in violation of this legislative process and the principles of legality, impersonality, morality and publicity.

Keywords : Differential Scheme Hiring. DSH. Unconstitutionality. Bidding. World Cup. Olympic Games.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ADC- Ação Direta de Constitucionalidade

ADIN- Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU- Advocacia Geral da União

Art.- Artigo

FUNAI-Fundação Nacional do Índio

FUNAP- Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso

IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente

LIMPE- Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência

RDC- Regime Diferenciado de Contratação

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	NOÇÕES HISTÓRICAS E INTRODUTÓRIAS ACERCA DA LICITAÇÃO	13
2.1	Aspectos históricos da Licitação	13
2.2	Noções Gerais: Conceito, Regime Jurídico e Finalidade	16
2.3	Princípios.....	19
2.3.1	Princípio da Legalidade.....	19
2.3.2	Princípio da Impessoalidade.....	20
2.3.3	Princípio da Moralidade	21
2.3.4	Princípio da Publicidade.....	21
2.3.5	Princípio da Isonomia.....	22
2.3.6	Princípio da Vinculação ao Instrumento convocatório	23
2.3.7	Princípio do Julgamento Objetivo	24
2.3.8	Princípio do Sigilo das Propostas	24
2.3.9	Princípios Correlatos	25
3	MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO	27
3.1	Tipos de Licitação.....	27
3.2	Modalidades de Licitação	28
3.2.1	Concorrência.....	30
3.2.2	Tomada de Preços.....	32
3.2.3	Convite	33
3.2.4	Concurso.....	35
3.2.5	Leilão	36
3.2.6	Modalidades previstas em leis esparsas.....	37
3.2.6.1	Consulta.....	37

3.2.6.2	Pregão presencial	39
3.2.6.3	Pregão Eletrônico.....	40
3.2.6.4	Regime Diferenciado de Contratação- RDC	41
4	RDC: REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SUAS CARACTERÍSTICAS.....	43
4.1	Conceito	43
4.2	Princípios	44
4.3	Diretrizes.....	44
4.4	Fase preliminar à Licitação	45
4.5	Processo Licitatório	47
4.6	Contratação através do Regime Diferenciado de Contratação	50
4.6.1	Execução do Projeto e sua fiscalização	50
4.6.2	Projeto executivo	51
4.6.3	Aditivos	52
4.6.4	Recebimento do objeto contratual	52
4.6.5	Rescisão e Sanção	53
4.7	Características polêmicas do Regime Diferenciado de Contratação.....	54
5	A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO.....	56
5.1	A Inconstitucionalidade formal do Regime Diferenciado de Contratação segundo a visão do Procurador Geral da República	56
5.1.1	A inconstitucionalidade formal orgânica e o abuso do poder de emendar.....	57
5.1.2	A inconstitucionalidade formal propriamente dita e a provável inexistência do requisito e relevância.....	58
5.2	A constitucionalidade formal do Regime Diferenciado de Contratação de acordo com a Doutrina e AGU	59
5.2.1	A constitucionalidade formal orgânica baseada no abuso do poder de emenda	59

5.2.2 A constitucionalidade formal propriamente dita baseada na falta de urgência e relevância	60
5.3 A Inconstitucionalidade Material do Regime Diferenciado de Contratação segundo a visão do Procurador Geral da República	61
5.3.1 Da delegação ao poder executivo da escolha do regime jurídico.....	62
5.3.2 Do orçamento sigiloso	63
5.3.3 Da contratação integrada	64
5.3.4 Da publicação dos atos	64
5.3.5 Da remuneração variável.....	65
5.3.6 Pré-qualificação permanente	65
5.4 A constitucionalidade Material do Regime Diferenciado de Contratação de acordo com a advocacia geral da União.....	66
5.4.1 Da constitucionalidade do Poder Discricionário dado ao Executivo para a escolha do Regime Jurídico do RDC.....	66
5.4.2 Da Constitucionalidade do sigilo do orçamento.....	67
5.4.3 A constitucionalidade da Contratação Integrada.....	68
5.4.4 Da constitucionalidade da publicação dos atos	69
5.4.5 A Constitucionalidade da remuneração variável.....	69
5.4.6 A constitucionalidade da pré-qualificação permanente.....	70
6 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

Considerando as hipóteses de urgência em algumas obras no Brasil, tanto em eventos de grande importância, como na efetivação de importantes políticas públicas bem como uma possibilidade maior de fraude evidente em algumas características deste novo Regime de Contratação.

A seguinte obra tem como objetivo geral a abordagem da lei do Regime Diferenciado de Contratação, que ficou conhecida como o regime específico para eventos de grande porte que ocorrerão no Brasil desde o ano de 2014 até o ano de 2016, resultado da conversão da Medida Provisória nº 527 de 2011 em lei 12.462 de 2011, demonstrando as suas características e adequação aos princípios constitucionais para ao final demonstrar a inconstitucionalidade desta lei, que embora haja alguns avanços em seu texto, trata-se de uma afronta a Constituição.

Tem-se também como finalidade a resolução das problemáticas propostas ao iniciar a pesquisa como uma compreensão da parte histórica e conceitual bem como o seu regime jurídico e princípios como forma de compreensão e embasamento para o estudo de informações posteriores acerca do tema e logo que são as modalidades de licitação bem como os tipos licitatórios, explicitando em qual o Regime Diferenciado de Contratação, tema central da pesquisa se encaixa.

Ainda em relação a solução das problemáticas propostas, como uma das finalidades desta pesquisa, há a exposição das características do Regime Diferenciado de Contratação como uma forma de aprofundar o conhecimento sobre o tema e fornecer os elementos necessários para o problema central da pesquisa que é a verificação da inconstitucionalidade da lei.

Tal pesquisa justifica-se na necessidade de buscar elementos para que a Constituição Federal assim como o cidadão seja respeitado na contratação pública, pois este último transfere ao primeiro o poder-dever para a execução de serviços públicos uma vez que a Constituição é uma espécie de contrato social do cidadão com o Estado.

E em razão da transferência de poder por meio deste contrato a contratação será feita com o dinheiro do contribuinte, e por consequência o contribuinte tem o direito de que seja feito da melhor forma possível, tanto de forma técnica quanto financeira em um regime que seja mais eficaz e menos danoso.

E pode vir a tornar-se importante para Rubiataba e Região uma vez que foi estendido para obras do Programa de Aceleração de Crescimento, Sistema Único de Saúde, Sistema Público de Ensino e Estabelecimentos penais, não se restringindo mais aos grandes centros, mas com abrangência então por todo o território brasileiro.

Além do objetivo geral, especificado logo acima estão vários objetivos específicos da obra, dentre os objetivos específicos o primeiro seria a compreensão acerca do que é licitação e a evolução deste procedimento no decorrer da história no Mundo e principalmente no Brasil, bem como a compreensão acerca dos princípios a serem observados pela Administração Pública ao praticar a licitação, para posteriormente fornecer elementos para embasar a inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação.

Outro objetivo específico é aprofundar nos detalhes do procedimento de escolha, bem como no procedimento de contratação do Regime Diferenciado de Contratação para aprofundar, de acordo com as Ações Indiretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, acerca da provável inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação.

Têm também como objetivo específico estabelecer uma comparação do Regime Diferenciado de Contratação com as demais modalidades licitatórias, e se este procedimento irá se adequar aos princípios gerais da administração pública e os princípios específicos da licitação bem como estudar sua definição e características para ao final chegar a uma resposta acerca da sua constitucionalidade.

Haverá no primeiro capítulo uma parte em que será exposto brevemente a parte histórica e o conceito de Licitação, noções gerais do procedimento licitatório bem como os aspectos jurídicos da licitação e sua finalidade e ainda no primeiro capítulo, serão expostos os princípios constitucionais da Administração Pública, presentes no art. 37 da Carta Magna, e sua relação com o procedimento licitatório, sendo eles conhecidos pela sigla LIMPE, que são os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade.

Além dos princípios gerais serão tratados no capítulo em questão os princípios específicos da Licitação, que serão os seguintes: isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, sigilo das propostas e dos demais princípios previstos como correlatos no artigo 3º da lei nº 8.666/93

Após as noções gerais sobre licitação estabelecidas no primeiro capítulo, no segundo capítulo serão expostos os tipos e modalidades de citação para efeitos de comparação com o

Regime Diferenciado de Contratação, tanto as modalidades tradicionais, presentes na lei 8.666/93 como os demais presentes em outras normas jurídicas, com o intuito de averiguar quais as vantagens e prejuízos que podem advir do Regime Diferenciado de Contratação.

Após essa parte introdutória da pesquisa nos dois primeiros capítulos, para efeito de uma melhor compreensão sobre o procedimento licitatório, no terceiro capítulo será abordado o Regime Diferenciado de Contratação em que haverá a exposição referente a características específicas do Regime Diferenciado de Contratação, bem como seus objetivos, conceitos, proibições, âmbito de atuação e demais informações essenciais para o entendimento deste tema, ainda no terceiro capítulo será trabalhado qual a razão da não utilização de alguma das outras modalidades licitatórias tradicionais presentes na lei 8.666 de 1993?

Nesse terceiro capítulo ainda haverá de forma específica a análise do procedimento acerca dos diversos tipos de viabilidade como a financeira, econômica, ambiental entre outras; um estudo sobre a inversão de fases semelhante ao do pregão, da contratação integrada como uma junção do projeto básico e executivo.

Ao final, no quarto capítulo, com base nas duas ações de inconstitucionalidade, tanto formal quanto material, propostas perante o Supremo Tribunal Federal e em manuais sobre o Regime Diferenciado haverá o levantamento da possibilidade de inconstitucionalidade desta modalidade licitatória, com um estudo conciso sobre o tema Constitucionalidade e por final chegar a uma resposta sobre a seguinte problemática: se este procedimento está de acordo com os parâmetros e princípios estabelecidos pela Constituição Federal ou foge a estes?

Ainda neste quarto capítulo será feita uma comparação acerca das teses de inconstitucionalidade propostas pelos Partidos com representação no congresso nacional e Procurador Geral da República em relação a tese a favor da Constitucionalidade defendida pelo Senado e parte do Congresso bem como da Advocacia Geral da União, ambos fundamentados doutrinariamente.

Esta pesquisa será feita com a seguinte metodologia distintas que são os métodos indutivos e comparativos para conseguir obter o objetivo proposto neste mesmo projeto, sendo então o método indutivo de acordo com o que expõe Markoni e Lakatos (2010, p.68) :“ é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas ”, enquanto o método comparativo ocorre a partir da análise com as demais modalidades e principalmente quanto aos parâmetros constitucionais.

E por fim na parte referente a conclusão serão apresentadas as considerações acerca do estudo em que demonstrada a não conformidade do Regime Diferenciado de Contratação com a Constituição seja pelo meio formal ou material de observância ao texto previsto na Constituição Federal de 1988.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS E INTRODUTÓRIAS ACERCA DA LICITAÇÃO

Neste capítulo em uma parte será exposto brevemente a parte histórica e o conceito de alguns autores sobre Licitação do qual servirá como base para compreender os aspectos jurídicos da licitação tanto Constitucionais quanto em suas normas infraconstitucionais além de indicar a finalidade do procedimento licitatório.

Ainda neste capítulo, serão expostos os princípios constitucionais da Administração Pública, presentes no art. 37 da Carta Magna, e sua relação com o procedimento licitatório, que são os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, princípios estes dos quais a Administração tem que ter observância em qualquer ato como será exposto no decorrer desta pesquisa.

Além dos princípios gerais serão tratados os princípios específicos da Licitação, que serão os seguintes: isonomia, competitividade, julgamento objetivo, indistinção, inalterabilidade do edital, sigilo das propostas, vedação a oferta de vantagens, obrigatoriedade e adjudicação compulsória.

2.1 Aspectos históricos da Licitação

A Licitação teve seu início na Europa Medieval em que houve a procura de sanar a necessidade de realização de um serviço ou aquisição de determinados objetos, e a Administração Pública na época do Estado Medieval propagava através de informativos em que eram expostos as condições para que todos os interessados procurassem fazer a proposta que atendessem às necessidades escritas.

O procedimento na época, segundo Delano (1999), era conhecido como vela e pregão, em que o informativo citado acima estabelecia horário previsto, local e data, reuniam-se um representante do Estado e os concorrentes, estes últimos ofereciam lances até o apagar da vela e o vencedor era quem oferecia o menor preço.

Entretanto em razão do sistema predominante ser a Monarquia a administração pública era patrimonialista e centralizadora e por causa disto havia uma facilidade na prática de atos de corrupção, empreguismo e nepotismo, atos vedados nas contratações contemporâneas feitas pela administração pública no mundo e no Brasil.

O Brasil até a lei 8.666/93 o processo licitatório passou por diversas transformações e a primeira norma a tratar esta forma de contratação foi o Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1.862 que tinha 39 artigos sancionada por Manoel Felizardo de Souza e Mello ¹em que o capítulo primeiro tratava dos processos e arrematações.

Nesta norma já previa-se uso de cartas para o feitiço de propostas, devendo ser estas fechadas, como ocorre nos procedimentos atuais; sendo essa proposta elaborada de acordo com um modelo dado pelo Diretor da Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas bem semelhante aos editais licitatórios atuais como é mostrado no artigo 8º:

Art. 8º As arrematações de fornecimentos, obras novas, concertos ou conservação de obras terminadas poderão também ter lugar por meio de propostas em cartas fechadas, como atualmente se pratica, todas as vezes que o Governo entender assim conveniente; devendo porém as ditas propostas ser feitas segundo um modelo dado pelo Diretor da 2.ª Diretoria da Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Estas propostas, depois de examinadas pela junta de que trata o artigo antecedente, serão remetidas em original com o parecer da mesma junta ao Ministro para sobre elas decidir.

Esta lei foi um grande avanço por inserir a licitação, entretanto dava plenos poderes ao governo para interferir na obra, as despesas corria por conta do contratante com a possibilidade de que houvesse um calote por parte do governo, no entanto é inegável a sua importância no cenário da contratação pública vez que foi utilizada por 60 anos.

Em 1922 foi criado o Decreto nº 4.536, também denominado de Código de Contabilidade que dentre os vários temas dispostos estava a contratação feita pela administração pública, como a dispensa da concorrência presente no artigo 51 do capítulo que se refere às despesas públicas.

Outro decreto de grande importância na função de complementar a normatização da licitação foi o 200 de 1967 que em seu artigo 127 trouxe disposições sobre as modalidades de

¹ CAMPO GRANDE-RJ – 05.12.1805/ † RIO DE JANEIRO-RJ – 16.08.1866 Formado em Matemática na Universidade de Coimbra (1826). Foi nomeado Lente Substituto da Academia Militar da Corte, com a graduação de Capitão de Engenheiros, sendo promovido até Brigadeiro. Conservou-se no magistério até 1837, quando foi nomeado Presidente da província do Ceará; foi depois de 1839 a 1848, Presidente das Províncias do Maranhão, Alagoas, São Paulo e Pernambuco. Senador pela Província do Rio de Janeiro; Diretor Geral das Terras Públicas; Conselheiro de Estado. Ocupou as pastas da Marinha, Estrangeiros, Guerra, Agricultura, Comércio e Obras Públicas e, em caráter interino, a da Fazenda.

licitações como concorrência, tomada de preços e convite, sendo inclusive nos mesmos moldes do que dispõe a norma atual sobre o assunto.

Decreto este que em razão da lei 5.456 de 1968, tornou-se obrigatória a sua utilização por Estados e Municípios alinhando o procedimento administrativo para os mesmos, além disso essa lei 5.456 trouxe a faculdade de que estes Estados e Municípios fizessem a legislação supletiva sobre a matéria licitação respeitando as peculiaridades.

E o decreto lei 200 em conjunto com a lei 5.456 foi utilizado até julho do ano de 1986 quando o Decreto- Lei 2.300 que foi considerado um marco na área das contratações públicas por meio do procedimento licitatório no Brasil, pois esta é a primeira a tratar o assunto como tema central, de modo que é demonstrado a finalidade em seu primeiro artigo: “Art. 1º Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica.”

Trazendo em seu artigo 2º a obrigatoriedade da licitação e no artigo 3º a finalidade de obter a proposta mais vantajosa, em suma esta lei buscou suprir todas as lacunas existentes em matérias de contratação pública, tratando-se portanto de um documento bastante abrangente no assunto.

E o decreto lei 2.300 foi alterado por outro decreto lei nº 2.348 de julho de 1987 na tentativa de obter uma melhoria ainda maior e com uma maior eficiência, corrigindo falhas ocorridas no decreto lei anterior como a licitação para contratação de profissionais do setor artístico e a necessidade de compras de materiais perecíveis.

E antes da Constituição de 1988 e por consequência a lei 8.666/93 houve outro decreto lei de nº 2.360 também no ano de 1987, com a mesma finalidade do decreto 2.348; que era concertar as falhas existentes no Decreto 2.300 como favorecer os bens e serviços nacionais, estabelecendo uma espécie de preferência.

Então sancionou-se através de um Poder Constituinte Originário a Constituição Federal de 1988 que representou o maior avanço na área da licitação ao torná-la um pilar constitucional a serem observados pela administração direta e indireta e ainda estabelece a necessidade de sua concordância com os princípios gerais da Administração pública que são legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

E sob a influência da Constituição surgiu a lei 8.666 de 21 de junho de 1993, passando a ser o principal parâmetro para a observância do procedimento licitatório, trazendo inclusive

os casos em que não é necessário que o procedimento seja feito, estabelecendo prazos, modalidades e tipos de licitação.

Além da lei 8.666 conhecida como lei geral de licitações houve a criação de outras normas com a função de melhorar o processo licitatório como é o caso do pregão, inserido pela lei 10.520/2002 para contratações mais ágeis; e o Regime Diferenciado de Contratação, inserido pela lei 12.462/2011, procedimento específico para as licitações referentes a Copa do Mundo, Copa das Confederações e Olimpíadas.

2.2 Noções Gerais: Conceito, Regime Jurídico e Finalidade

Mas o que seria este regime utilizado há tempos pela Administração Pública? Para a compreensão serão demonstrados conceitos expostos de alguns autores em suas obras como o exposto por Marinela (2012, p.345): “Licitação é um procedimento administrativo destinado a seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a administração pública”.

Então de acordo com o exposto neste conceito a Licitação é um procedimento que possibilita a celebração de contratos pela administração pública, seja a administração um sujeito ativo ou passivo do Contrato para que seja escolhida a melhor proposta visto que essa contratação ou fornecimento de serviços da Administração é de interesse público.

Mas quais seriam os objetos da Contratação submetidos a licitação, segundo Mazza (2012, p.320): “Procedimento administrativo pelo qual e entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos”, portanto para a que a administração construa uma praça, faça o recapeamento de uma rodovia, ou compre computadores, carros e demais objetos para execução de serviços públicos há a necessidade de licitar bem como quando a Administração Pública é fornecedora de bens ou serviços.

Então com a junção destes conceitos pode-se entender que a Licitação é um procedimento com a finalidade da proposta mais vantajosa para a administração pública e que tem como objeto a compra e venda de bens ou a contratação de serviços, sendo ainda obrigatório e ocorrendo mediante a convocação de interessados.

O dever de observância deste procedimento de licitar encontra previsão constitucional nos artigos 22 inc. XXVII e o inc. XXI do artigo 37 da Constituição Federal, sendo que o primeiro trata da competência da União para legislar sobre a licitação e o segundo legisla sobre a obrigatoriedade da licitação, como será observado a seguir como expõe Mazza (2014, p. 322/325):

O Art. 22, XXVII, da Constituição Federal prescreve que Compete privativamente à União legislar sobre: 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, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades [...] O dever de realizar licitações está constitucionalmente disciplinado no Art. 37, 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.

O artigo 22, inciso XXVII traz a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais, portanto subentende-se que uma norma estatal ao legislar sobre licitação não pode instituir novas modalidades ou tipos de licitação bem como alterar os valores limites pois seria inconstitucional.

Já o artigo 37, inciso XXI traz a obrigatoriedade da licitação para contratação e alienações por parte da administração pública, ressaltando a necessidade da isonomia e da busca pela proposta mais vantajosa e ainda aduz que será observado nos termos da lei, ou seja traz a necessidade de lei para regulamentação do procedimento.

Além destes há diversas normas infraconstitucionais que vêm com a função de regulamentar a Licitação, importante ressaltar que todas submissas aos preceitos Constitucionais acima citados e as normas são a lei n. 8.666/93, lei n. 8.833/94, medida Provisória n. 2.026/2000, decreto n. 3.555/2000, lei n. 10.520/2002, decreto n. 5.450/2005, lei n. 9472/97, lei n. 9.648/98, lei n. 11.107/2005, lei complementar n. 123/2006; lei 12.349/2010 e lei n. 12462/2011.

Dentre essas diversas normas as de maior destaque são a lei 8.666/93 que estabelece normas gerais sobre a licitação e têm aplicação subsidiária a qualquer norma especial sobre licitação, outras normas de destaque são o Decreto n. 3555/2000 c/c Lei 10.520/2002, lei

9472/97 e lei 12.462/2011 que criaram novas modalidades de licitações que são respectivamente o Pregão, Consulta e o Regime Diferenciado de Contratação.

As demais normas que referem-se a licitações, tratam-se de algumas exceções relativas a licitação como a lei complementar 123/2006 no caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ou no caso da lei 9.648/98 que tornou dispensável a licitação para prestação de serviços com organizações sociais, tendo ainda a lei n.11.107 que trata dos valores de contratação relativos a consórcio e a lei 12.349/2010 que acrescentou uma nova finalidade a licitação.

Finalidades estas que a administração definiu três, uma delas foi inserida pela lei citada no parágrafo acima, a 12.349/2010, e as outras duas provindas da 1º parte do caput do artigo 3º da lei 8.666/93 em sua redação original, como será mostrada a seguir no texto da lei: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.”

A melhor proposta é o primeiro objetivo, da qual funciona-se de modo que a administração estabelece os limites no edital em relação as propostas estimulando a competitividade e entre os potenciais contratados e ao fim escolher a melhor proposta seja a maior no caso de alienação ou a menor no caso de aquisição.

O Segundo objetivo é oferecer iguais condições a todos, de modo que nesta finalidade é observada o princípio da isonomia e impessoalidade; impessoalidade porque a administração não pode favorecer alguma pessoa e isonomia porque todos os contratantes devem estar nas mesmas condições devendo todos preencher apenas as condições do edital e apresentar a proposta.

O terceiro e mais recente objetivo é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável que de acordo com o previsto no site do Ministério do Meio Ambiente² seria a observância de critérios sociais, ambientais e econômicos na aquisição seja ela de bens ou serviços bem como a alienação.

² Conceito baseado a partir da definição publicada no site do Ministério do Meio Ambiente, Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>, Acessado no dia 02/05/2014

2.3 Princípios

Tão importante quanto as finalidades são os Princípios, a licitação tem princípios que a norteia presente na Constituição e na lei 8.666/93; os princípios presentes no artigo 11 e 15 e no artigo 3º em sua 2º parte da lei 8.666/93, lei geral das licitações; são os princípios da padronização, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Além destes princípios presentes na lei geral de licitações deve-se observar os princípios expostos na Constituição Federal da República presentes no artigo 37, que norteiam à administração pública em todos os seus atos dentre eles a contratação pública e por consequência o procedimento licitatório.

2.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio basilar do Direito e por consequência da administração pública é o princípio da legalidade, segundo o qual o administrador não pode fazer o que lhe convém e sim o que é ordenado em lei, isso é uma garantia contra abusos de condutas pois o administrador deve agir de acordo com as regras do procedimento baseadas em lei.

Então todos os participantes da licitação têm o direito público subjetivo de que a lei seja observada durante o procedimento licitatório, e esse direito permite que qualquer cidadão acompanhe o andamento da licitação desde que não atrapalhe a realização dos trabalhos, de acordo com o artigo 4º da lei 8.666/93 como expõe Mello (2013, p. 541):

Explicitação concreta do princípio da legalidade encontra-se no Art. 4º da lei segundo o qual: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

Além deste o princípio da legalidade é previsto no artigo 37³ da Constituição Federal como princípio a ser observado em todos os atos da administração pública e no artigo 3º da lei 8.666/93 em seu caput que está entre os princípios a serem observados pela administração pública na hora de licitar: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia [...] e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade [...]”.

2.3.2 Princípio da Impessoalidade

Além da Legalidade o administrador deve conduzir com objetividade e imparcialidade o procedimento licitatório, de modo que não pode favorecer a ninguém, de modo a proibir que se favoreça ou despreze algum dos licitantes devendo –se levar em conta apenas as propostas e condições exigidas em edital como é mostrado por Cunha Jr em sua obra (2012, p. 486):

Em razão deste princípio, ficam vedados quaisquer favoritismos ou discriminações entre os licitantes. Na licitação, impõe-se um tratamento objetivo, levando em consideração as propostas apresentadas pelos participantes e as condições objetivas expostas previamente no edital, jamais se atentando as condições pessoais dos licitantes.

Além deste princípio estar presente de maneira expressa no artigo 3º da lei 8.666/93, pode se entender que o princípio da impessoalidade está dentro da segunda finalidade prevista no mesmo artigo, além de estar previsto na Constituição quando refere-se a igualdade de condições no inciso XXI do artigo 37.⁴

³ O artigo 37 da Constituição Federal traz que a administração pública em todos os seus atos deve observar o LIMPE: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Pessoalidade e Eficiência.

⁴ Art. 37 (...) 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.

2.3.3 Princípio da Moralidade

Outro princípio é o da Moralidade, e a comissão de licitação e os licitantes devem observar este princípio executando seus atos conforme padrões éticos e de boa-fé, isso significa que não é possível haver critérios objetivos para levar em consideração de modo que não há como levar em consideração os aspectos pessoais, bem como expõe Cunha Júnior (2012, p. 489):

A licitação deve-se desenvolver em conformidade com os padrões éticos, de zelo, de honestidade e probidade que conformam toda a atividade administrativa. Tal princípio visa evitar os conluíus como a participação de empresas fantasmas criadas para burlar a justa concorrência entre os interessados.

Quando se fala em padrões éticos, não se fala apenas em relação aos licitantes antes da escolha da proposta vencedora, mas ética com o contribuinte, uma vez que o favorecimento a alguém ou a um grupo pode resultar em um enriquecimento ilícito e um desvio de verbas da contratação de serviços e obras.

Mas caso o administrador venha a usar da improbidade administrativa frustrará o procedimento licitatório como um todo está sujeito as sanções administrativas, civis e penais como forma de repressão e prevenção contra essas atitudes, pois entende-se que não houve boa-fé com o dinheiro do contribuinte.

2.3.4 Princípio da Publicidade

Outro princípio de grande importância até como uma forma de fiscalização em relação a observância aos demais princípios como o da legalidade, moralidade e impessoalidade; trata-se do princípio da Publicidade, princípio este que todos os atos deste procedimento devem ser públicos, salvo os previstos em lei, como expõe Figueiredo (2014, p. 275) :

O princípio da publicidade, de natureza instrumental se aplica amplamente com vistas a assegurar aos interessados, em todas as fases do processo, o pleno conhecimento de seu procedimento, para garantia formal de observância dos demais princípios substantivos de modo que só poderá ser limitada motivadamente por interesse público.

Assim a observância da publicidade é uma forma de assegurar a observância dos demais princípios e poderá ser limitada apenas em casos excepcionais, inclusive as sessões realizadas devem ser a portas abertas, ainda há audiências públicas quando forem objetos de grande valor como é demonstrado no artigo 39 da Lei Geral das Licitações, a lei n. 8.666/93 e dever de resumo do instrumento convocatório previsto no artigo 40 da referida lei.

Além destes artigos que o primeiro trata-se de uma publicidade diferenciada em razão do valor e o segundo traz a publicidade por meio do edital da licitação o artigo 3º da mesma lei traz expressamente em seu caput a publicidade além de vedar a licitação e atos sigilosos resguardadas as propostas até a abertura como um meio de assegurar a isonomia dos contratantes.

2.3.5 Princípio da Isonomia

Em se tratando de isonomia as normas Brasileiras relativas a licitações resguardam tal princípio inicialmente pela Constituição no artigo 37 em seu caput e no inciso XXI e também é assegurado no caput do artigo 3º e em seu §1º que veda distinções em razão de alguma circunstância ou até mesmo estabelecer tratamento diferenciado seja de qualquer natureza ressalvados os que sejam permitidos em lei, como os incentivos as empresas Brasileiras.

São casos diferenciados usados em caso de empate nas propostas que são os seguintes: quando os bens e serviços sejam produzidos no Brasil, produzidos ou prestados por empresas Brasileiras, ou por empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia mesmo sendo estrangeira.

Além desta há várias exceções previstas no artigo 3º espalhados por seus parágrafos e incisos como a preferência de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais. Aquisição de bens e serviços de informática produzidos por empresas de capital nacional além da prevista na lei Complementar nº 123/2006 que trata-se do tratamento diferenciado na administração pública como licitação com participação exclusiva de empresas desse porte.

Nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 242): “ o princípio sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados” decerto a igualdade deve ser observada nos atos da administração pública e a impessoalidade na relação com os licitantes.

Por fim tal princípio é de tamanha importância que a violação dele pode resultar na tipificação de desvio de poder e resultar em crime da própria lei de licitações como pode ser analisado na própria letra da lei “Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público[...]”.

2.3.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento convocatório

A Isonomia é assegurada pelo edital de modo que os licitantes e a comissão de licitação devem cumprir tudo que está exposto no instrumento convocatório de acordo com o artigo 41 da lei 8.666/93: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

De acordo com estes preceitos o edital é considerado lei da licitação, servindo como uma espécie de garantia tanto ao administrador quanto ao administrado, e quando essa norma não é respeitada seja pela comissão ou pelo licitante o procedimento perde sua validade e deve ser corrigido seja por via administrativa ou judicial.

Em razão deste princípio a alteração de critérios não pode ser feita, e serve como uma forma de dar segurança aos interessados da licitação, evitando que haja lacunas que venham a violar a moralidade, a impessoalidade, a probidade administrativa, como é mencionado na obra de Carvalho Filho (2012, p. 244):

O princípio da Vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque a violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Mas então surge a indagação acerca da possibilidade da alteração do edital mediante um erro, se há esta possibilidade? De acordo com alguns doutrinadores como Carvalho Filho e Mazza ela pode ser corrigida desde que os participantes do procedimento licitatório tenham conhecimento da alteração principalmente como forma de chegar a um julgamento justo das propostas.

2.3.7 Princípio do Julgamento Objetivo

O Edital para a escolha do vencedor deve estabelecer critérios explícitos e vinculativos de julgamento para determinar o vencedor e deve ter sempre critérios objetivos e jamais baseado em elemento subjetivo, entretanto a Doutrina afirma haver uma subjetividade de modo a não ser objetividade absoluta como mostra Mazza (2012, p. 332): “Na medida em que especialmente a verificação de qualidade técnica sempre envolve certo juízo objetivo”.

Esse julgamento objetivo é assegurado também pelo artigo 3º além disto deve estar nos termos do artigo 44 e 45 da lei n. 8666/93 de modo que o primeiro citado exige que se observe os critérios objetivos desde que não sejam contrários a leis e o segundo que haja observância do tipo e critérios adequados ao julgamento, como exposto a seguir no texto da lei:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei [...] “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.

É preciso frisar que quando fala-se em julgamento não trata-se das observância de critérios apenas no julgamento final que escolha o licitante, mas sim em todas as fases quando há uma espécie de decisão, evitando o subjetivismo, impessoalidade e a falta de isonomia entre os participantes.

2.3.8 Princípio do Sigilo das Propostas

Este princípio é uma exceção ao princípio da publicidade e deve ser observado no procedimento licitatório, trata-se do sigilo das propostas até o julgamento de modo que não podem ser abertos e os conteúdos divulgados antes do momento processual e é previsto no artigo 43 e seu parágrafo 1º da lei n. 8.666/93, como citado na obra de Mazza (2014, p. 332):

Princípio do sigilo das propostas: nos termos do Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] § 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas serão realizadas sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

O envelope deve ser lacrado e o sigilo acaba apenas com a sua abertura em sessão pública, momento do qual será satisfeita uma finalidade que é a proposta mais vantajosa, e satisfazendo outra, pois com este sigilo é permitido a igualdade, vez que cada um faz a proposta que lhe convém sem vincular-se a proposta do outro.

2.3.9 Princípios Correlatos

O artigo 3º da Lei Geral de Licitações não é um rol taxativo, seu próprio texto demonstra, pois além de estabelecer alguns princípios basilares estabeleceu outros correlatos que tratam –se de princípios derivados dos princípios básicos previstos no próprio artigo 3º e estes princípios estão espalhados pela lei que disciplina a licitação, como expõe Carvalho Filho (2014, p. 249):

Além dos princípios básicos que o Estatuto expressou, foram previstos outros que, de uma forma ou de outra, guardam conexão com aqueles. O Art. 3º do Estatuto depois de mencionar os princípios básicos, referiu-se aos princípios correlatos.

Um destes princípios correlatos é o princípio da competitividade que é derivado do princípio da igualdade, pois de acordo com tal princípio é vedado a administração frustrar caráter competitivo da licitação seja por meio de restrição ou qualquer outra forma de comprometer; outro princípio correlato derivado do princípio da igualdade e da impessoalidade é o princípio da indistinção que veda criar preferências ou distinções relativas à sede, naturalidade, deu-se em razão de que houve tentativas de proteger licitantes de algum lugar da federação.

Outro é o da inalterabilidade do edital que é correlato ao princípio da publicidade, sigilo das propostas e da vinculação ao instrumento convocatório, esse princípio é o responsável para vincular a administração a obedecer as normas que a mesma impôs em edital; já o princípio do

formalismo procedimental é correlato ao da legalidade pois de acordo com ele a licitação deve seguir os parâmetros estabelecidos em lei, de modo que a comissão não pode criar regras próprias sem a observância da lei, sendo o edital a aplicação da lei naquele caso concreto.

Também há um princípio de grande importância previsto no texto constitucional, que trata-se da obrigação de realizar a licitação em caso de compras, obras, serviços, alienações e locações com exceção dos casos previstos em lei como dispensa, inexigibilidade; e por fim princípio da adjudicação compulsória de modo que o vencedor do certame licitatório, caso não seja encontrada irregularidade, têm a Administração Pública obrigação de atribuir o objeto do procedimento licitatório ao vencedor após o julgamento final.

Com isto tanto os princípios basilares quanto os denominados princípios correlatos ou derivados velam pela observância do bom uso do procedimento da licitação, protegendo sua finalidade e atuando em todas as fases deste procedimento seja qual for a modalidade licitatória e seu critério de julgamento.

3 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

Após a compreensão acerca dos princípios que norteiam a Licitação, neste Capítulo haverá a dissertação acerca das modalidades e tipos de licitação, de modo que os tipos são critérios para o julgamento das propostas, que estão previstos no art. 45 da lei 8.666/93, esses critérios podem ser o critério de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço ou o critério de maior lance ou oferta.

As modalidades licitatórias são ritos pelas quais devem funcionar a licitação, seu rol está presente no artigo 22 que denomina 5 tipos que são a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão; mas não se trata de um rol taxativo, pois a lei 9.472/97 prevê a modalidade de Consulta de modo exclusivo para Anatel em seu artigo 55, e a lei 10.520 /2002 estabeleceu o Pregão, além do Regime Diferenciado de Contratação inserido pela lei 12.462/2011, com o conceito de ambas percebe-se que não se pode confundir as modalidades com os tipos de licitação e que cada um tem suas peculiaridades como exposto a seguir.

3.1 Tipos de Licitação

Tratam-se das formas como se ocorrerá o julgamento das propostas e escolha do vencedor que são o menor preço, a melhor técnica, a técnica e preço, maior lance ou oferta, sendo taxativo, não há outros tipos de licitação, nem mesmo em modalidades previstas em leis esparsas e são 4 como exposto por Di Pietro (2014, p. 430):

Há o julgamento de propostas, que deve ser objetivo e realizado de acordo com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, art. 45 [...] os tipos de licitação compreendem quatro categorias: [...] I- a de menor preço; [...] II- a de melhor técnica; [...] a de técnica e preço [...] a de maior lance ou oferta;

Como exposto acima há o Menor Preço que é caracterizado pela proposta mais vantajosa economicamente para a Administração Pública, escolhendo o vencedor que apresentar a proposta mais econômica e que esteja de acordo com o edital, é considerada a regra geral nas licitações, o pregão a utiliza obrigatoriamente.

Também há a Melhor Técnica que é aquela usada para serviços de natureza intelectual, ou seja a modalidade concurso, funciona da seguinte maneira, primeiro abre-se o envelope com as propostas técnicas dos licitantes qualificados e depois de feita a avaliação passa a abrir as propostas de preços dos licitantes que tenham atingido o valor mínimo estabelecido no instrumento de convocação, então negocia-se com o vencedor tendo como parâmetro a proposta de menor preço entre os licitantes caso haja a recusa na redução de preço será chamado o segundo lugar e assim sucessivamente.

Outro tipo utilizado é o da Técnica e Preço que é outro tipo de licitação usada predominantemente para serviços em que se privilegia a natureza intelectual, em que são aberto os envelopes contendo propostas técnicas dos licitantes e são avaliadas tais propostas de acordo com os critérios, logo após a valorização das propostas de preço e por fim a classificação será de acordo com a média entre o valor das propostas e a técnica, os pesos são estabelecidos no instrumento convocatório.

Por fim a Melhor Técnica e Técnica/Preço que são dois tipos que analisam a qualidade técnica da proposta e não apenas o valor, de modo que precisa-se apresentar o envelope com valor, outro com a habilitação e outro com a técnica para execução do serviço o que difere os dois tipos, como citado acima é que a melhor Técnica é feita a negociação e a Técnica/ Preço é feita com a média ponderada da qualidade e do valor pedido, estabelecendo notas de acordo com a média.

O Maior Lance ou Oferta é usado para alienação de bens ou concessão do direito real de uso, vence aquele que oferecer o maior valor pela compra do bem ou pelo uso da concessão, tais bens são aqueles que, a lei determina como bens dominicais, é exclusivo para a modalidade leilão

3.2 Modalidades de Licitação

São várias as modalidades de Licitação, sendo um total de 8 modalidades, inseridas por meio de 4 normas diversas; inclusive há uma polêmica acerca das outras três modalidades em razão do artigo 22 em seu parágrafo §8º da lei 8.666/93, que estabelece a vedação de que seja criada novas modalidades.

No entanto segundo o entendimento de Marinela (2013, p. 356) essa vedação não impedi que se cria uma nova modalidade, desde que a nova modalidade seja criada por meio de outra lei, já que a norma referida não pode sobrepor-se sobre a competência constitucional da União de legislar sobre normas gerais, entretanto a classificação geral estabelecida pela doutrina de acordo com Carvalho (2014, p.58) é:

As modalidades de licitação referem-se aos procedimentos e formalidades [...] podem ser enumeradas da seguinte forma: a) concorrência; b) tomada de preços; c) convite; d) concurso; e) leilão; f) pregão, presencial e eletrônico; e g) consulta.

E tais modalidades acima expostas e as demais previstas em leis esparsas são escolhidas de acordo com dois métodos, que serão o valor do contrato e o objeto da Licitação, este último independe do valor; as modalidades que se adequam ao método econômico são a concorrência, tomada de preços e convites, já as que levam em conta o objeto são o concurso, leilão, pregão, Regime Diferenciado de Contratação e a própria concorrência em determinadas situações previstas em leis.

Esses valores dos contratos, que definem qual modalidade irá ser usada em alguns casos, está previsto na norma geral de licitação e são atualizadas pela União de ano em ano, devendo seu limite ser superior a variação geral dos preços de mercado neste período, nos termos do artigo 23 e 120 respectivamente.

Entretanto há uma exceção, caso uma modalidade que seja definida pelo valor do contrato possa ser substituída por outra, desde que seja da modalidade mais simples para a mais rigorosa, jamais o caminho inverso, como por exemplo pode-se substituir a Tomada de Preços e os Convites pela Concorrência, mas jamais a Concorrência pela Tomada de Preços ou Convites.

Outra regra importante a ser observada é acerca de uma conduta ilegal denominada de fracionamento de despesas, usada para não se utilizar a licitação recomendada pelo valor total da despesa, ou até mesmo para incidir nas hipóteses de contratação direta; essa hipótese é vedada de acordo com o artigo 23, §5º da lei 8.666/93, a não ser que use o valor integral mesmo com o fracionamento do objeto como exposto por Mazza (2014, p. 335):

Se houver fracionamento do objeto, cada parte deverá ser licitada utilizando a modalidade cabível para o valor integral, art. 23, §3º da Lei n. 8.666/93,. Essa

regra impede que a divisão do objeto funcione como mecanismo de fuga da modalidade correta.

Além da hipótese estabelecida por Mazza, citada acima, há outra exceção na última parte do parágrafo 5º, ao aceitar a possibilidade, com a ressalva de que possam ser executadas por pessoas ou empresas diferentes daquela que executou o serviço e caso tal regra não seja respeitada estará sendo violado o princípio da Improbidade Administrativa.

Por fim, a última regra geral a ser analisada em relação as modalidades antes do estudo específico de cada modalidade é a questão dos prazos de intervalo mínimo da licitação, intervalo este entre a publicação do edital e a entrega dos envelopes, não se conta o dia do começo e inclui o dia do final.

Lembrando que esse prazo estabelecido em lei deve ser o mínimo, pois o prazo pode ser maior de acordo com a conveniência da Administração Pública, até porque tal prazo serve para o preparo de documentos, tanto que em razão disso, qualquer alteração no edital deve ser reaberto o prazo mínimo.

3.2.1 Concorrência

Conceitua-se como a modalidade de contratações de grande vulto, que qualquer interessado que consiga comprovar os requisitos exigidos no edital, ainda na fase preliminar, para a execução do objeto deve ser realizada com ampla publicidade em razão de se ter uma concorrência maior, em síntese conceitua Figueiredo (2014, p. 277):

Estão previstas seis modalidades licitatórias [...] A concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto.

Além dos requisitos mínimos acima expostos, ela é obrigatória na forma da lei para serviços de engenharia de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais; compras e serviços que não sejam de engenharia de valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais; compra e alienação de bens imóveis qualquer que seja o seu valor, salvo a exceção prevista no artigo 19 da lei 8.666/93; concessões de direito real de uso; licitações internacionais, com

exceção da toma de preços e convite previsto no art. 23, §3º da lei citada acima; registro de preços, exceto se possível o uso do pregão conforme o art. 11 e 12 da lei 10.520/02; concessão de serviço público e parceria público-privada, seja na concessão patrocinada ou administrativa.

Seu intervalo mínimo entre o edital ir a público e a entrega do envelope por parte dos concorrentes é de quarenta e cinco dias corridos para os seguintes tipos de licitação de melhor técnica, técnica e preço e 30 dias corridos para a licitação de menor preço, como expõe Mazza (2014, p. 336) em sua obra: “Na concorrência, o intervalo mínimo entre a publicação do edital e a entrega de envelope é de quarenta e cinco dias corridos, para os tipos de licitação, melhor técnica ou técnica e preço, ou trinta dias corridos, para o tipo menor preço”.

Subdivide-se em dois tipos a nacional e a internacional, de modo que a nacional ocorre para as empresas situadas dentro do Brasil e a internacional é para as empresas consideradas estrangeiras, esta última admite que o edital adequa os índices monetários ao comércio exterior, utilizado em grandes construções ou produtos em falta no mercado interno.

Tem características que são o formalismo, a universalidade e a ampla publicidade; a primeira é feita em razão da exigência de uma fase inicial de habilitação preliminar que se cada participante está apto; a universalidade torna possível a participação de qualquer interessado na fase inicial de habilitação para comprovar que possui os requisitos para a execução do objeto.

A outra característica é a publicidade mais ampla, em razão disto os prazos são mais longos e têm a necessidade da participação de todos os interessados na contratação e esse aviso é feito uma vez no local em que todos poderão ter acesso ao texto do edital poderá ser publicada no Diário Oficial da União, Diário Oficial do Estado ou do Distrito e em jornais de grande circulação a depender da esfera federativa que está licitando.

Além destas características, outra característica essencial da concorrência, salvo algumas exceções citadas na lei, é ser usada em obras de grande valor econômico com o valor mínimo na forma da lei, deve-se ressaltar ainda que se for um consórcio público as faixas de valor mudam para o dobro e se formando por até três entidades federativas é o triplo; e caso fique abaixo do valor mínimo previsto na lei para a modalidade da concorrência será outra modalidade denominada Tomada de Preços.

O procedimento engloba o edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação; sendo o primeiro a lei da licitação em que se define os detalhes do contrato, a habilitação é a fase de análise acerca da adequação ao exigido no edital; a outra fase é a de classificação em que é aberto o envelope das propostas para análise de qual é a melhor para a

administração pública que deve ser julgado segundo os critérios de menor preço, melhor técnica, técnica e preço e de maior lance ou oferta; homologação é a fase na qual aprova o procedimento se estiver tudo regularizado e depois é feita a adjudicação que é a escolha do vencedor do procedimento.

3.2.2 Tomada de Preços

Tomada de Preços é o rito em que se deve ter o cadastro para participar da licitação, pode ser cadastro prévio com o registro nos órgãos públicos ou pode o cadastro ser feito até três dias antes de que a proposta seja aceita como o disposto em lei, art. 22, §2º da lei 8.666/93, e exposto por Figueiredo (2014, p. 277):

A tomada de preços é a modalidade de licitação entre os interessados devidamente cadastrados ou que atenderem as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas observada a necessária qualificação.

Se o pedido de cadastramento for indeferido poderá ser interposto recurso administrativo no prazo de cinco dias com efeito suspensivo, com a finalidade de qualificar o interessado a participar da licitação; além da habilitação deve-se observar os valores como parâmetro de escolha para a modalidade Tomada de Preços por se tratar, segundo Mazza, de obras de vulto intermediário.

O registro cadastral deve ser mantido e atualizado anualmente pelo Órgão, é possível a utilização do registro de outros órgãos da Administração Pública, sem delimitação de entes federativos; o cadastrado recebe um comprovante com validade de um ano e a eles são denominados os licitantes de habilitação prévia.

Além dos cadastros, seus parâmetros são definidos por valores, os quais estão definidos na forma da lei, no art. 23, I, b e II, b que delimita a Tomada de Preços em obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 1.500.000, 00 ou para compras e outros serviços de valor até R\$ 650.000,00 e o §8º ainda define que em caso de consórcios se aplica o dobro, e quando formado por três entes da federação é o triplo, além de que se pode usar a Tomada de Preços quando a modalidade Convite for cabível.

Pode ser usada, pelos procedimentos licitatórios internacionais quando observados os requisitos de valores acerca do objeto, e de cadastro internacional dos interessados; no entanto salvo exceção não é permitido o fracionamento para que seja feita a Tomada de Preços ao invés da concorrência.

Os prazos mínimos, entre a publicação do edital e o recebimento das propostas serão de quinze dias quando for do tipo melhor técnica e trinta dias quando for técnica e preço; com isso inicia-se o procedimento que difere do procedimento da concorrência apenas em relação aos prazos e a habilitação já que nesta são os cadastrados e naquela quaisquer interessados.

3.2.3 Convite

Convite conceitua-se com a modalidade de menor formalismo, por se tratar de contratações de menor vulto, por isso não há edital e sim outro instrumento denominado carta-convite em que está colocado de forma concisa as regras da licitação, que devem ser remetidas no mínimo a três interessados escolhidos pelo representante da Administração Pública sendo ele cadastrado ou não, assim como dispõe Bandeira de Mello (2013, p. 571):

O convite [...] é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastradas ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que haja manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas

Além do exposto acima nas palavras de Bandeira de Mello, também é obrigatório no caso de haver mais de três interessados no Convite, não podem ser sempre os mesmos, devendo ser adicionado, no mínimo, um novo licitante a cada licitação feita e mesmo os não cadastrados terão direito a disputa na modalidade Carta Convite requerendo o cadastramento no prazo estabelecido que é de vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas, para isso deve ser afixado em local próprio a cópia do instrumento convocatório.

O número mínimo de convidados de acordo com a lei e Doutrina deve ser três licitantes, entretanto se comprovada falta de licitantes no mercado não enseja a nulidade segundo

Marinella (2013, p. 386) e caso não justificado segundo Cunha Jr (2012, p. 506) deve ser repetida a licitação.

O prazo mínimo estabelecido é entre o recebimento da Carta Convite por parte dos licitantes e a entrega dos envelopes é de cinco dias úteis, deve ter definido o local da convocação e não exige publicação em diário oficial e usa-se o prazo processual que exclui o dia da entrega e inclui o do vencimento.

A carta convite é vedada, salvo exceção prevista em lei, quando o valor é fracionado para seu encaixe, pois a soma caracterizaria outras duas modalidades que são a Tomada de Preços e a Concorrência; entretanto doutrinadores como Carvalho Filho (2014, p.281) e Di Pietro (2014, p.418) entendem que tal modalidade facilita a improbidade e viola Princípios da Administração Pública e da Licitação.

O modo de procedimento enseja maior possibilidade de improbidade em razão de não haver o edital e uma maior facilidade de ocorrer o crime previsto no artigo 90 de fraude a licitação, que pode ser vislumbrada de acordo com um exemplo clássico em que um grupo de empresas combinado com o Órgão Licitante fecham um acordo em que cada contrato será ganho por uma empresa e as demais estarão disputando apenas por mera figuração.

A exigência de cadastro unicamente por aqueles que não foram convidados pela Administração Pública e a dos demais é dispensada, vindo a ser facultativa, fere o princípio da isonomia pois vêm a privilegiar os convidados sobre os demais interessados no objeto da licitação.

Os valores exigidos para o Convite estão previstos no artigo 23, inciso I, alínea a e inciso II, alínea b da lei 8.666/93 que são até R\$ 150.000,00 para obras e serviços de engenharia e de R\$ 80.000,00 para a compra ou outros serviços e aplica-se também de aplicar-se o dobro em caso de consórcio e triplo em caso de ser formado por três entes da Federação.

No procedimento do convite não é obrigatória a comissão de licitação, como ocorre nas outras, de modo que pode ser dirigido diretamente a autoridade competente, as fases de classificação, homologação e adjudicação assemelham-se as fases de procedimento previstas na modalidade Concorrência.

3.2.4 Concurso

O concurso é uma modalidade que a Administração utiliza na escolha de trabalho técnico, artístico e científico, todos de natureza intelectual; não se busca uma contratação do autor do trabalho e sim a seleção de um projeto, que é concedido um prêmio, que pode ser em dinheiro ou alguma outra vantagem como um bem ou uma viagem ao autor desde que ele ceda a administração os direitos patrimoniais, bem como expõe Raposo Maltinti (2014, p. 127):

Concurso é a modalidade de licitação aberta a quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência de 45 dias.

Após o conceito acima exposto é importante destacar que se estabelece diante de edital, e que mesmo semelhante, difere-se do concurso de provimento de vagas previsto na lei 8.112/90, pois a primeira é para a escolha de um trabalho intelectual mediante prêmio, a última é utilizada para provimento de cargos ou funções mediante remuneração.

A comissão por se tratar de trabalho intelectual deve ser bem criteriosa em razão da natureza do parâmetro analisar o objeto de maneira subjetiva, dificultando ainda mais os princípios da impessoalidade e isonomia, essa comissão não necessita ser composta apenas por agente público, há a possibilidade de se utilizar técnicos especializados na área, a comissão em questão deve ser integrada por pessoas com a reputação ilibada e conhecimento da matéria não ficando preso ao princípio do julgamento objetivo.

O prazo de intervalo mínimo entre a publicação da convocação e o evento deve ser de 45 dias corridos, o procedimento deve estar previsto em regulamento do próprio Órgão e ser distribuído no lugar do edital e deve conter a qualificação, forma de apresentação do trabalho e condições além dos prêmios; a modalidade também é utilizada para serviços técnicos profissionais como dispõe o §1º do artigo 13 da lei 8.666/93

3.2.5 Leilão

É a modalidade de licitação da qual a administração pública adota para alienar bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienação de bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante a dação em pagamento em que o bem antes de ser leiloadado, deve ser avaliado o valor mínimo e vender para aquele que oferecer o melhor lance.

O Leilão é permitido para venda de bens móveis avaliados que não podem vir a ultrapassar a quantia de R\$ 650.000,00, podendo usar qualquer outra modalidade, mas sendo o leilão a modalidade mais adequada, entretanto caso exceda este valor acima citado deve-se usar a concorrência e conceituado da seguinte forma de acordo com Raposo Maltinti (2014, p. 127):

Trata-se do leilão, que nada mais representa do que a modalidade de licitação aberta a quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior a avaliação.

Então diante do exposto acima percebe-se que se diferencia das demais modalidades, pois esta é utilizada para a venda de bens, sendo buscado sempre o maior valor; já as demais modalidades são utilizadas para a compra e sempre buscam o menor valor a ser pago pela administração comum; ambos com o fim de obter melhor vantagem econômica para administração.

Ressalta-se que os bens imóveis em regra são alienados por meio da modalidade concorrência, mas serão vendidos por leilão quando a lei, seja ela a norma geral sobre licitação ou leis esparsas permitirem; já os semoventes subentende-se que são bens móveis com movimento próprio e por isso aplica-se a modalidade leilão.

Tem duas características que são a ampla divulgação com fulcro no princípio da publicidade e antes que seja efetuado o processo os bens devem ser devidamente avaliados, e tem como intervalo mínimo entre o instrumento convocatório e a entrega das propostas é de 15 dias corridos e escolhido mediante maior lance ou oferta.

O Leilão não tem um procedimento específico, a não ser que possa ser feito por um leiloeiro oficial ou por um servidor designado pela administração, e os bens após arrematados

serão pagos a vista ou a prazo pagando o percentual nunca inferior a 5% do qual obriga-se a pagar o resto em prazo estipulado no edital, essa parcela a vista nos leilões internacionais deve ser feita em até vinte e quatro horas e seu edital deve ser amplamente divulgado.

3.2.6 Modalidades previstas em leis esparsas

Além das modalidades previstas na lei geral de licitações, a lei 8.666/93 que foi criada para estabelecer parâmetros mínimos para realizar a licitação, o Estado, mais especificamente a União pode criar novas leis licitatórias desde que se submetam a Constituição, e desde 1988 foram criadas outras modalidades como a Consulta, Pregão e por último o Regime Diferenciado de Contratação.

3.2.6.1 Consulta

Consulta é uma modalidade de licitação usada pela Anatel, instituída pela nº 9.472/97, a mesma lei que instituiu a Agências Reguladoras e depois a Administração Pública, através da lei 9.986/2000 a estendeu para o uso das demais Agência Reguladora, a lei 9.472/97 estabeleceu que nesta modalidade a decisão dependerá do custo e benefício de cada proposta bem como considerar a qualificação de quem fez a proposta, assim como expõe Mazza (2014, p. 338):

Consulta é uma modalidade de licitação exclusiva da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. [...] Segundo o disposto no art. 55 a consulta será realizada mediante procedimentos próprios e determinados por atos normativos expedidos pela Agência.

Então de acordo com o que foi supracitado, a consulta foi criada exclusivamente pela Anatel, ela é disciplinada por resoluções, como por exemplo, a Resolução nº 5 de 1998, mas mesmo a Anatel não disciplinou o necessário para o seu funcionamento de forma objetiva, devendo os critérios serem estabelecidos em edital, em razão disso a escolha é considerada subjetiva, o que viria a ferir o princípio da Isonomia estabelecido na Constituição.

No texto da lei 9.472/97 ainda estabelece normas gerais acerca da consulta e a vedação, que é proibida a utilização por obras e serviços de engenharia; no mais as demais regras estão

dispostas a serem realizadas mediante procedimentos próprios determinados por atos normativos expedidos pela Agência, tais disposições estão presentes nos artigos 54 e 55 da referida lei, in verbis:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão. [...] Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente: I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência; II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato; III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações; V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato; VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio; VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização; VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor; IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação; X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Já o artigo 58 da referida lei delimita os objetos que são o fornecimento de bens e serviços não classificados com bens e serviços comuns, contratação de bens ou serviços comuns que não apresentem valor alto, assim definidos pela própria lei; além disto têm como característica não ter relação com o valor estimado do futuro, somente será utilizada para aquisição de serviços comuns, habilitação e julgamento decidido em uma única fase, somente serão aceito certificado de registro cadastral expedido pela Agência com uma validade de dois anos.

3.2.6.2 Pregão presencial

Foi criado pela lei 9472/97 em seu artigo 54 e posteriormente estendida pela lei 10.520/2002 resultado da conversão de uma Medida Provisória, para ser aplicada aos demais Órgãos e entidades; trata-se de uma modalidade de licitação válida em todas as esferas federativas para a contratação de bens e serviços comuns, que são aqueles que podem ser descritos objetivamente pelo edital, aqui leva-se em conta a natureza e importa a qualidade e não a quantidade e vale ressaltar que é sujeito aos princípios e finalidades da lei 8.666/93 como expõe Marinela (2013, p. 390):

Podem ser adquiridos por meio de pregão os bens e serviços comuns cujo padrões de desempenho e qualidade sejam objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usuais de mercado. Por exemplo, [...] peças de reposição de equipamentos, combustíveis.

Por ser mais célere em razão das características citadas acima, iniciou-se como opcional, entretanto o Decreto 5,450/2005 tornou seu uso vinculado no âmbito federal e que seja preferencialmente eletrônico, sendo o presencial admitido apenas com motivação expressa da não realização pelo eletrônico, têm se o intervalo mínimo de oito dias uteis entre a publicação.

O Pregão veio com o intuito de desburocratizar e aperfeiçoar o procedimento licitatório, e é resultado de um programa de Redução de Custos do Plano Plurianual de 2000-2003, em que havia uma busca do máximo pelo menor preço, de modo a favorecer a Administração Pública, fornecedores e sociedade.

A modalidade Pregão não tem limite de valor, mas há algumas proibições para a utilização do pregão que é o uso em contratação de obras e serviços de engenharia, locações imobiliárias, alienações em geral, compras, contratações de bens e serviços de informática e automação.

As fases de seu procedimento são o instrumento convocatório, julgamento, habilitação, adjudicação e homologação; sendo a fase de habilitação e julgamento, adjudicação e homologação invertidas das modalidades licitatórias tradicionais como a Concorrência e a Tomada de Preços.

O procedimento tem duas fases, a interna que é preparatória e a externa; a interna compreende a motivação de contratar o objeto, as exigências de habilitação daquela licitação,

critérios acerca da aceitação de propostas e sanções em caso de não cumprimento de contratos além dos prazos.

A fase externa é iniciada com a convocação dos interessados em ser contratados pela Administração, em que é combinado na publicação dia, hora e local em que se realizará a sessão de propostas, nesta sessão o autor que fizer a proposta de valor mais baixo e os de oferta 10% superiores podem fazer novas propostas.

Com isso examina-se as propostas e o licitante que consegue ficar em primeiro lugar irá verificar a habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, verificando se o mesmo está regular com a Fazenda Nacional, Seguridade Social, FGTS e Fazendas Estaduais e Municipais.

Com isso será declarado vencedor, e caso alguém queira recorrer, deve ser feito no prazo de 03 dias e caso seja aceita será invalidado os atos insuscetíveis de aproveitamento, mas caso não seja aceito a autoridade fará a adjudicação e posteriormente homologará a licitação para que o contrato seja assinado; e quando trata-se do pregão eletrônico é feito pela internet.

3.2.6.3 Pregão Eletrônico

Como citado, há a sua modalidade eletrônica, que reduz ainda mais o custeio, facilitando um número maior de competidores, sendo a internet um veículo de publicação, seja de editais ou avisos, possibilitando maior transparência e controle social além de um acesso amplo e uma maior transparência de acordo com Marinela (2013, p. 391) é fundamentado pela art. 2º, §1º da lei do Pregão:

Atualmente o fundamento legal está no art. 2º, §1º da lei nº 10.520/2002 que permite ser realizado por meio de tecnologia de informação, nos termos da regulamentação específica. Esse dispositivo foi regulamentado para a ordem federal, por meio de Decreto nº 5.450/2005.

Então com a inserção dele como citado acima privilegia-se a agilidade nas aquisições, uma maior transparência, maior segurança, otimização dos recursos, interação do sistemas e principalmente redução de custos, uma vez que a finalidade dele é para quando o fornecimento de bens e serviços forem feitos a distância.

No entanto, apesar de ser uma forma preferencial e obrigatória e não mais facultativa, o pregão eletrônico obedece as mesmas disposições no que é cabível, do pregão presencial como por exemplo, o pregão eletrônico não pode ser utilizado em obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral.

3.2.6.4 Regime Diferenciado de Contratação- RDC

O Regime Diferenciado de Contratações, introduzido pela lei 12.462/2011 e regulamento por um Decreto 7.581/2011, inicialmente era exclusivo a licitações e contratos necessários a realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; mas no ano de 2014 houve sua extensão as obras do PAC- Programa de Aceleração de Crescimento⁵, Sistema Único de Saúde e Sistema Público de Ensino como demonstra Figueiredo (2014, p. 281):

A lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com o objetivo de conferir maior celeridade aos procedimentos licitatórios prévios às contratações administrativas destinadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações e à Copa do Mundo de 2014, às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais do Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes [...] às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia, no âmbito dos Sistemas públicos de ensino [...] e às obras e serviços de engenharia, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS.

Em todas as obras desde as dos eventos em regime de urgência bem como as demais obras públicas para o qual foi estendido têm como finalidade a redução de prazos e procedimento mais simples, a opção ao RDC deve estar expresso no instrumento convocatório, caso contrário, será utilizada a lei 8.666/93, o RDC e diferencia-se das modalidades das normas gerais de Licitação pelo seguintes pontos: contratação integrada, indicação de normas mercas, remuneração variável, a inversão de fases, o parcelamento e contratação simultânea, fase única de recursos, pré-qualificação e escolha da proposta vencedora.

⁵ Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/20/senado-aprova-mp-mas-rejeita-extensao-do-rdc-a-todas-as-contratacoes-publicas>; acessado à 16 de junho de 2014 às 00:47

Sua publicidade pode ser veiculada direta aos fornecedores, não é necessária a prévia publicação nos órgãos oficiais de imprensa, podendo até ser dispensada de acordo com o valor da obra ou serviço, seu critério ou tipo é o de menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior oferta de preço e maior retorno econômico.

Têm-se as seguintes fases que são a preparatória, publicação do instrumento de convocação, apresentação de propostas ou lances, julgamento, habilitação, recursos e encerramento; tal modalidade será exposta de forma mais detalhada no próximo capítulo em razão de ser parte do tema central desta obra.

4 RDC: REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SUAS CARACTERÍSTICAS

O Regime Diferenciado de Contratação é previsto na lei 12.462/2011 e inicialmente foi feito com a finalidade de servir as obras indispensáveis para a Copa das Confederações, Copa do Mundo e Jogos Olímpicos de 2016, bem como aeroportos com distância de até 350 km da sede e será abordado detalhadamente tanto em sua fase de contratação quanto em fase de execução do contrato.

Depois o Congresso Nacional veio ampliar a utilização do Regime Diferenciado de Contratação, através da Medida Provisória nº 630/2013 que virou a lei 12.980/2014, não apenas nas obras para tais eventos, citados acima, mas também para as demais contratações pública, firmando-se de vez como uma possível substituta para lei geral de licitações.

Entretanto apesar das constantes inovações que trouxeram este novo regime há incorporação de diversos pontos previstos em outras normas licitatórias como as regras de habilitação da lei geral de licitações, bem como a regra de execução contratual, a possibilidade de inversão de fases de acordo com a lei do Pregão; a implantação de procedimentos para registro formal de preços além da remuneração variada, exigência da marca e modelo.

4.1 Conceito

O Regime Diferenciado de Contratação inicialmente foi tratado por vários doutrinadores como um procedimento licitatório para os três grandes eventos esportivos mundiais, de acordo com o determinado em lei, bem como é exposto a seguir na obra de Carvalho Filho (2014, p. 300):

O procedimento licitatório instituído pela Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas direcionado à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016 [...] . Observando a tendência que se vem verificando em prol da desburocratização.

Entretanto, como citado acima, a licitação foi estendida para novas obras como o PAC- Programa de Aceleração de Crescimento, obras e serviços de engenharia no Sistema Público de

Saúde, obras e serviços de engenharia no Sistema Público de Ensino com isso pode-se formar um novo conceito.

Em síntese então, o Regime Diferenciado de Contratação é um procedimento licitatório proveniente da lei 12.462/2011 que tem a finalidade de trazer uma maior eficiência a forma da administração pública contratar por meio da inovação tecnológica e de uma maior celeridade que devem estar de acordo com os requisitos específicos previstos nos incisos I ao VI da referida lei.

4.2 Princípios

Os Princípios que regem o Regime Diferenciado de Contratação Pública estão presentes no artigo 3º da lei 12.462/2011 são semelhantes aos previstos na lei 8.666/93 que são a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo que são semelhantes aos previstos na Constituição.

Segundo Altounian e Cavalcante (2014, p. 43) destaca-se entre os princípios, o desenvolvimento nacional sustentável que na lei geral de licitações, a lei 8.666/93 é um mero objetivo, enquanto na lei do Regime Diferenciado de Contratação é considerado um princípio, devendo por isso ter uma maior observância.

Além destes, há outro princípio que se destaca no Regime Diferenciado de Contratação, trata-se do princípio da Celeridade, presente no Decreto 3.555/2000, pois o exercício deste princípio leva a tão importante eficiência administrativa, alcançando então outro princípio a ser observado.

4.3 Diretrizes

As Diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação, consideradas como uma forma de orientar o atendimento aos objetivos e princípios do RDC podem ser em comum ou diferenciados da lei geral de licitações, uma vez que como citado acima, o RDC aproveitou algumas vantagens existentes nas demais leis acerca do procedimento licitatório.

Em comum com as previstas na lei geral de licitação, a lei n 8.666/93, estão previstas no artigo 4º da lei 12.462/2011, e com a breve leitura deste artigo percebe-se que são regras acerca do parcelamento, da padronização e da prioridade de uso de recursos locais; As Diretrizes diferenciadas são a inserção da discussão de seguros que sejam compatíveis com o setor privado observando as particularidades do mercado, permitindo que seja levado as companhias seguradoras como forma de garantir que o contrato seja cumprido.

4.4 Fase preliminar à Licitação

Para a administração pública contratar no Regime Diferenciado de Contratação é além da observância dos princípios e diretrizes, deve-se estar claro qual é o problema a ser sanado pela administração pública, devendo ser de forma clara e precisa, para que possa ser delimitado as possíveis escolhas para a solução do problema, há exemplos claros disso na obra de Altounian e Cavalcante (2014, p.57):

Se o problema é fiscalizar uma obra em região pantanosa, compra-se um tipo de veículo. Se a questão, todavia, é o transporte de funcionários para entrega de expedientes, eventualmente as características do automóvel podem ser outras. O problema pode ser simplesmente transportar carros de uma margem a outra de um rio; mas também pode ser também realizar tal transporte sem interromper a livre passagem de embarcações.

Inclusive além do objeto do bem, leva-se em conta na licitação a durabilidade e a qualidade do bem como parte do problema a ser resolvido, como é o caso de obras de infraestrutura, que se leva em conta o volume de peso a ser suportado e com que frequência por tal obra.

Além da delimitação do objeto para resolver o problema é preciso observar outra condicionante denominada de viabilidade, a qual pode ser econômica, técnica, financeira, ambiental e política; sendo então feita uma análise comparativa acerca da Licitação, ver se atende a todas essas condicionantes.

Tais estudos de viabilidade, segundo a lei geral de licitações, bem como a lei do Regime Diferenciado de Contratação são estipulados como obrigatórias, pois evitam o desperdício de

recurso público e trazem uma maior economia a administração pública, além de obedecer ao princípio da eficiência.

A viabilidade ocorre como exemplificado a seguir por Altounian e Cavalcante (2014, p.61): “inicia-se pela identificação da necessidade a ser satisfeita. Deficit de leitos hospitalares, falta de professores, carência de energia, insuficiência de espaço nos terminais portuários” e depois de identificado, pondera-se cada viabilidade.

A viabilidade técnica ocorre pela possibilidade ou dificuldade de cumprir-la solução avaliada em face da tecnológica em mãos, e que esteja no local do objeto, a viabilidade refere-se ao poder fazer a obra, ter o domínio de como deve ser feito para que seja viável economicamente

Outra viabilidade a ser observada é a financeira, em síntese para que haja uma obra é preciso que haja recursos orçamentários capazes de suportar as despesas decorrentes da futura obra, preocupando-se não com as despesas do feitiço da obra, mas também da manutenção da mesma, quesito de suma importância para que não fique obras incompletas, de modo a desperdiçar os recursos da Administração Pública.

A viabilidade econômica, outra hipótese, não se confunde com a viabilidade financeira, uma vez que esta têm como finalidade o estudo do retorno do que foi investido pela administração pública, tal viabilidade é retratada novamente por Cavalcante e Altounian (2014, p.63): “ Investir em pavimento de concreto ou pavimento asfáltico? Um investimento maior no início e menor dispêndio com manutenção ou o contrário?”.

Este estudo não se pondera apenas no aspecto do retorno monetário para a administração pública, mas também do retorno social, do retorno sustentável e em razão disto em certos casos os juízos dos tomadores de decisão devem vir a ser subjetivos e não objetiva, aquela baseada em dados.

Não menos importante tem-se a viabilidade ambiental que é a análise acerca da instalação de um empreendimento com as seguintes indagações: Será que são nocivos ao patrimônio ambiental e cultural brasileiro? Há medidas que visem a redução do potencial impacto a ser causado?

O estudo desta viabilidade ocorrerá com a consulta ao órgão ambiental para verificar acerca da possibilidade da licença e dos requisitos a serem exigidos para a concessão desta, além destes há casos em que também tem que se verificar a viabilidade com outros órgãos como a FUNAI, FUNAP, IBAMA.

Por fim há o estudo da viabilidade política ou social, em que se pondera o peso da intervenção, uma vez que exige outros investimentos além do principal, pois corre-se o risco de sanar um problema, mas criar-se outro, de modo que têm-se que ser pensado de maneira sistemática.

De modo que nessa etapa preliminar os atos estão na seguinte ordem: definir o problema a ser resolvido, depois especificar o objeto, fazer os estudos preliminares ponderado as cinco viabilidades citadas acima, e depois da análise caso ainda seja razoável, elabora-se o ante projeto e por fim o projeto; para que após isto inicia-se o processo licitatório.

4.5 Processo Licitatório

Após a fase preliminar no processo licitatório precisa-se de constituir as Comissões de Licitação, seja ele permanente ou especial, e que estão previstas no artigo 34 do Regime Diferenciado de Contratação, deve tal comissão ser constituída de servidores ou empregados permanentes dos Órgãos responsáveis pela licitação, tais comissões são compostas por no mínimo três membros com qualificação técnica.

O RDC estabelece que assim como ocorre com a lei geral de licitação em que os membros da comissão de licitação são solidariamente responsáveis pelas suas decisões exceto se houver posição individual registrada em ata; além disso o RDC exige que todos os integrantes da comissão devem ter a qualificação técnica, como por exemplo engenheiros para obras ou serviços de engenharia como é exposto por Mazza (2014, p.350):

Existem dois tipos de comissão: especial, constituída para um certame específico, e permanente, que realiza todas as licitações no período de investidura. [...] Os membros da comissão respondem solidariamente por todos os atos a ela imputados, salvo se a posição individual divergente for manifestada em ata (artigo 51, §3º, da lei 8.666/93).

Os membros desta comissão, nos termos do artigo 7º do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratação, têm competências como a elaboração de minutas dos editais e contratos, processar licitações e receber pedidos de esclarecimento, desclassificar propostas nos termos da lei, receber e examinar documentos de habilitação,

receber recursos, dar ciência das decisões aos interessados e por fim propor a anulação ou revogação do processo licitatório bem como a aplicação de sanções.

Com a formação da comissão inicia-se os atos preparatórios que estão previstos no decreto regulamentar do Regime Diferenciado de Contratação, que traduz todos os passos a serem observados na fase interna de licitação, dos quais se dividem em cinco blocos a serem gerenciados que são a caracterização do objeto, previsão de recursos, regras de habilitação, regras de procedimento e regras de execução.

O artigo 12 do Decreto regulamentar do Regime Diferenciado de Contratação estabelece a seguinte sequência de fases, após o ato preparatório: são a publicação do instrumento convocatório, apresentação de propostas ou lances, julgamento, habilitação, o recurso e por fim o encerramento.

Tal sequência é semelhante a do pregão, medida esta que serviu para reduzir os prazos médios da licitação estabelecidos pela lei geral de licitação motivados pela comodidade da comissão em não precisar analisar a habilitação de todos os candidatos, redução do recursos das empresas e a fase recursal única reduzindo o tempo do processo, ainda Altounian e Cavalcante (2014, p.118) cita que há uma nova possibilidade:

Inversão de fases é a possibilidade de a administração, mediante ato motivado antecipar a fase habilitação em relação à apresentação de propostas ou lances, conforme autorização dada pelo legislador no art.. 12, parágrafo único, do RDC, para tanto é fundamental que exista previsão expressa no instrumento convocatório.

Com isso subentende-se que para dar mais celeridade ainda é permitido que a fase da habilitação ainda pode ocorrer mais no início, de modo a dar uma maior celeridade, desde que expresso no Edital, entretanto não é muito recomendável que se faça isso pois pode suprimir fases importantes do RDC.

O RDC não tem modalidade de licitação, até por ser considerada uma das modalidades de Licitação segundo doutrinadores como Carvalho Filho e Mazza, e por isso não prevê as demais modalidades em sua lei, uma vez que ela é o suficiente para todo o regime previsto na lei 12.462/2011, de modo a deixar mais simples e célere a contratação por parte da administração pública.

E todos estes atos podem ocorrer de forma presencial ou eletrônica, sendo preferencial a segunda opção pois reduz os gastos da administração pública com o processo licitatório em especial em locais distintos dos que ocorrerão a licitação, tudo no termo do art. 13 da lei do RDC.

O RDC na forma presencial, nos termos do artigo 19 do decreto que regulamenta a lei do RDC determina que se observe procedimentos como as propostas iniciais classificadas de acordo com as vantagens, convite individual e sucessivo dos licitantes para apresentar lances verbais, a exclusão quando não apresentar os lances verbais, além do que dispõe o artigo 22 do referido decreto que torna obrigatório que os envelopes estejam lacrados e abertos somente em sessão pública.

A forma eletrônica está prevista no artigo 13 em seu parágrafo 2º do decreto supracitado, que inicia-se, de acordo com a sequência, com o acesso ao comprasnet, depois que seja transferido o edital pela internet, seja agendado a data do pregão, prazo para impugnação do ato e sessão pública em que ocorrer os lances, visualização e aceitação das propostas e por fim a homologação.

Mas como toda modalidade de licitação, o Regime Diferenciado de Contratação deve observar os tipos de licitação para que possam julgar as propostas que são o menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica, maior oferta e maior retorno, devendo observar que o artigo 18 da lei do RDC definiu os tipos de licitação como critérios de julgamento como exposto por Di Pietro:

O Critério de julgamento deve ser definido no instrumento convocatório mediante definição de parâmetros objetivos [...] o critério de julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a Administração Pública.

O RDC define que em algumas situações o preço é o principal critério a ser analisado, em outras situações é a qualidade, em outros há a ponderação de ambos, além disso há um rol maior de tipos de licitação para que haja maior discricionariedade da comissão ao escolher o tipo.

Por fim a Comissão acima citada com as propostas em mãos e observando os critérios definidos, bem como as diretrizes e os princípios apreciarão as propostas e podem vir a escolher

a proposta ou desqualificá-la ou até mesmo negociar, para que a proposta chegue a um patamar que venha a agradar as duas partes.

Após isto é aberta a fase recursal que no Regime Diferenciado de Contratação é reduzida, sendo apenas uma e caso haja a antecipação da fase de habilitação será no máximo duas, uma para habilitação e outra para o preço, os prazos destes recursos estão previstos no artigo 45 do Decreto regulamentar do RDC, e de acordo com o artigo 55 do mesmo Decreto que define a contagem do prazo excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento e definindo que a expiração e iniciação da contagem ocorre apenas em dias uteis.

4.6 Contratação através do Regime Diferenciado de Contratação

Após compreender a fase licitatória, como os princípios que devem ser observados, os critérios a serem usados e como e por quem será elaborado o projeto, agora serão expostas informações acerca da execução do contrato de Regime Diferenciado de Contratação em que já houve um escolhido e este tem a obrigação de entregar a obra ou serviço de acordo com os preceitos expressos abaixo.

4.6.1 Execução do Projeto e sua fiscalização

Agora após o processo de licitação chega-se a fase de contratação também conhecida como fase de execução de contrato, fase esta que não diverge muito da lei geral de licitações, uma vez que o legislador preocupou-se em inovar mais na área do procedimento do que necessariamente no ato de fiscalizar.

Tanto que o próprio artigo 39 da lei do Regime Diferenciado de Contratação estabelece que a execução de contratos pelo Regime Diferenciado de Contratação deve ser regido pelas normas de fiscalização da lei geral de licitação, no que não houver sido estipulado pela Lei 12.462/2011 e seu Decreto Regulamentar.

Dentre as novidades presentes estão a possibilidade de contratação do segundo colocado como remanescente nos termos de sua proposta, não mais se vinculando a proposta do vencedor, e a exigência de projeto executivo para a realização de obras e serviços de engenharia, além da

inserção da Contratação Integrada, que é talvez o maior desafio pois juntam o projeto básico e executivo a serem feitos pela contratada ressaltando que tanto o projeto básico quanto o executivo são de suma importância segundo Lopes (2006, p. 54.):

O projeto básico é portanto de suma importância para a definição do objeto da licitação, o projeto executivo, essencial para sua execução, desde que sua imposição for cabível no caso concreto, [...] daí porque a lei 8.666/93 estabelece uma série de requisitos a serem observados na elaboração de ambos.

Para entender os riscos dessa nova modalidade é preciso compreender a definição de contratação integrada, que se trata de uma forma de ajuste em que o projeto básico e o projeto executivo são elaborados pela contratada, enquanto o contrato vem sendo executado e não mais a execução daquele projeto pré-definido.

E para isso há continuidade da regra existente no artigo 67 da lei nº 8.666/93 que é a figura de um fiscal de contrato, ou seja alguém que venha representar a administração na observância da execução da obra, em regra tal fiscal deve ser qualificado, e caso não o seja ele deve solicitar a administração pública que venha contratar apoio técnico para um suporte eficaz na hora de detectar um possível desvio qualitativo ou quantitativo.

4.6.2 Projeto executivo

Inclusive o projeto executivo não é obrigatório na contratação integrada, pois a empresa nesta espécie de contratação deve-se atentar apenas aos parâmetros estabelecidos no edital, entretanto a mesma fica incumbida de suportar o ônus de toda a responsabilidade técnica; porém nos casos de contratação que não seja a integrada, nos termos do artigo 66 do Decreto nº7.581/2011 a cada etapa da contratação é obrigatório o projeto executivo.

E na execução deste contrato, deve-se observar a metodologia a ser empregada pela Administração Pública na hora de fiscalizar, uma vez que no Regime de execução por preço unitário tem por finalidade verificar a quantidade de serviço que foi executada, enquanto no Regime de execução por preço global verifica-se o cumprimento de cada etapa e não o cumprimento do serviço, entretanto em ambos há a observância de prazo e do aditivo, que apesar de maior ocorrência no unitário pode ocorrer no regime global.

4.6.3 Aditivos

Em relação a aditivos também aplica subsidiariamente a lei geral de licitação, em que há apenas uma regra prevista no artigo 9º, §4º, no que concerne a contratação integrada, ademais as regras da lei 8.666/93 podem vir a ser utilizadas pela Administração Pública no Regime diferenciado de Contratação.

Mas o que seriam esses aditivos? Os aditivos são alterações existentes no contrato em razão de falhas, omissões, quantitativos superiores, alteração do projeto ou problemas decorrentes do caso fortuito e força maior, em que poderá ser adicionado um certo valor em razão de tal alteração.

Os preços destes aditivos são estabelecidos de acordo com a manutenção da vantagem obtida pela contratação original, seja adotada pelo agente que é responsável pela execução quanto o agente que fica responsável pelo controle, até por isso a lei de RDC dispõe que o valor global e o obtido por custo unitário não pode ser reduzido, pois o desconto original fornecido pelo licitante deve ser mantido.

Ainda em relação aos aditivos na execução do contrato na celebração de termos aditivos, para que não haja aditamento viciado deve ter como referência os valores constantes da tabela do SINAP e caso não seja feita estipulação do critério de aceitabilidade na planilha serão firmados termos aditivos a beneficiar a Administração Pública.

Deve-se evitar ainda na aditação do contrato do Regime diferenciado de contratação o chamado jogo de planilha, que é a manipulação indevida da planilha contratual, e caso isso ocorra deve-se restaurar o desconto inicial pelo licitante para que se mantenha as condições vigentes na proposta e estabelecidas em contrato.

4.6.4 Recebimento do objeto contratual

Como citado na lei do Regime Diferenciado de Contratação em relação a parte de contratos, aplica-se subsidiariamente a lei geral de licitações, conhecida como a lei 8.666/93, como por exemplo o artigo 73 em seu inciso I que estabelece etapas de recebimento da obra as dividindo em provisória e definitiva.

A primeira etapa a provisória é realizada pelo responsável do empreendimento e no seu fim devem estar sem pendências em relação a execução de obras e serviços seja em relação aos prazos, ou seja em relação ao pagamento, com isso o fiscal analisa e se encontrar erros elabora um relatório e a empresa faz os devidos reparos e depois comunica por escrito.

Tais etapas são evidências de uma preocupação da administração pública para que seja feito um trabalho de qualidade em que caso a empresa que foi contratada não preste serviço de qualidade responderá civilmente pela qualidade e segurança da obra, nos termos da lei se obriga a efetuar os reparos por vícios e defeitos que tenha deixado.

4.6.5 Rescisão e Sanção

Ainda aplicando subsidiariamente a lei geral de licitação, a lei do Regime Diferenciado de Contratação tem norma específica sobre a rescisão do contrato apenas quando se trata de prazos recursais, como consta em seu artigo 45, II, alínea “f”; já a respeito das hipóteses de rescisão o rol é taxativo como explicita Di Pietro (2014, p. 298):

A rescisão amigável e judicial devem ser requeridas nos casos estabelecidos nos itens XIII a XVI do artigo 78, abrangendo os chamados fatos da administração: supressão, por parte da Administração, de obras, serviços, ou compras”.

Além da previsão das hipóteses de rescisão as formas de condução da rescisão estão previstas no artigo 79 da lei geral de licitações que são por ato unilateral que é fundamentada nas hipóteses do artigo 78, citado acima; rescisão amigável desde que seja por conveniência da administração e que haja motivação, judicial que é a única forma possível de rescisão do contratado.

Caso o contratado não finalize a obra será chamado para terminar o remanescente do projeto o segundo colocado com a diferença prevista no artigo 41 do RDC que o segundo colocado não precisará se adequar ao preço que foi acordado com o primeiro colocado, desde que não ultrapasse o orçamento da obra.

Antes de falar das sanções é preciso ressaltar que caso a empresa mude a sua estrutura seja através de fusão, cisão, incorporação, não há a ocorrência de rescisão contratual, nos termos

do decreto que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratação em seu art. 61, §1º desde que mantida as condições de habilitação inicialmente acertadas.

E por fim as sanções também são previstas na lei geral de licitações, com apenas algumas hipóteses previstas no artigo 47 do RDC, em que pode-se declarar o impedimento de licitar, que proíbe de contratar com a Fazenda Pública no prazo de 5 anos sem prejuízo de outras sanções, caso descumpra o previsto no artigo 41 da lei geral de licitação.

4.7 Características polêmicas do Regime Diferenciado de Contratação.

Como exposto acima o Regime Diferenciado de Contratação trouxe diversas inovações, algumas positivas, entretanto algumas foram consideradas um retrocesso por não estarem de acordo com os parâmetros constitucionais, que são o orçamento sigiloso, a discricionariedade do executivo na escolha do regime jurídico, remuneração variável, nova forma de publicação dos atos e contratação integrada, além da pré-qualificação

A pré-qualificação permanente, prevista no artigo 29, inciso I e artigo 30 da lei 12.462/2011 é um dos temas polêmicos e segundo Di Pietro (2014, p. 271) é realizada antes da abertura da licitação e tem como objetivo identificar fornecedores que estejam dentro dos padrões de habilitação, e bens que atendam a qualidade exigida para o serviço público.

Outro tema polêmico é a discricionariedade de escolha do Regime Jurídico do RDC prevista no art. 1º, I e II cumulado com o artigo 65 da lei do RDC por órgãos do Poder Executivo, que ocorre de forma discricionária em que o gestor escolhe se será por empreitada de preço global, empreita integral ou se será pela contratação integrada, uma outra novidade inserida pelo RDC.

Inclusive a Contratação Integrada prevista no artigo 8 e 9 da lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação, outro tema do qual paira a possibilidade da inconstitucionalidade em que há a possibilidade de desenvolver projeto básico somente após a contratação em conjunto com o projeto executivo e tais projetos são elaborados e entregues no decorrer da execução da obra.

Outros dois temas que são polêmicos no Regime Diferenciado de Contratação e são relativos a uma possível violação da publicidade que são o orçamento sigiloso artigo 6º da lei 12.462/2011 e publicação dos atos do artigo 15, §2º da referida lei, sendo o primeiro uma

prerrogativa da divulgação do orçamento base apenas após o encerramento da licitação e o segundo é a faculdade de utilizar um outro meio de divulgação pela rede mundial de computadores que não seja o diário oficial.

E por fim a remuneração variável, presente no artigo 10 da lei que instituiu o RDC, que representa a mudança de paradigma da forma de remunerar da contratação pública visando uma produtividade maior por parte do contratado, claro respeitando os limites e devendo ser proporcional ao benefício obtido pela Administração Pública no feitiço da obra.

Sobre as supostas polemicas dos novos regramentos acima citados, se estão ou não de acordo com os parâmetros adicionais, serão verificados adiante; de modo que esta parte tratou-se de uma breve conceituação para melhor compreensão de cada um destes temas de suma importância para a pesquisa.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

Após a exposição acerca do histórico da licitação pública no mundo e no Brasil, da análise dos princípios da Administração Pública, bem como das modalidades e tipos de licitação e por fim uma análise detalhada das principais características deste Regime de Contratação, este capítulo têm como objeto a exposição detalhada de argumentos favoráveis e contrários a Inconstitucionalidade deste Regime para ao final investigar se o regime é Constitucional ou Inconstitucional.

5.1 A Inconstitucionalidade formal do Regime Diferenciado de Contratação segundo a visão do Procurador Geral da República

Primeiro antes de analisar a causa da Inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica na lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação, é preciso conceituar o Regime Diferenciado de Contratação para uma melhor compreensão sobre o que será exposto a seguir, então de acordo com Carvalho (2008, p. 350):

O vício que afeta o ato inconstitucional traduz defeito de sua formação, ou desrespeito da competência constitucional prevista para sua prática [...] A inconstitucionalidade orgânica decorre da inobservância da regra de competência para a edição do ato [...] A inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do procedimento legislativo.

Com o conceito acima citado observa-se então que a inconstitucionalidade formal ocorre quanto a forma que a lei é feita seja em relação a observância do procedimento conhecida como propriamente dita, visto que a Constituição define um procedimento para cada norma a partir do artigo 60 e seguintes; e orgânica que é a inconstitucionalidade em relação a competência, também definida pela Constituição em diversos artigos.

Com esta breve exposição do conceito, pode-se adentrar no caso específico do Regime Diferenciado de Contratação, inserido pela lei 12. 462/2011, através da Medida Provisória n. 527/2011, norma esta que foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, da qual uma

foi ajuizada por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e outra pelo Procurador Geral da República e que teve como relator o Ministro Luiz Fux.

As Ações Indiretas de Inconstitucionalidade, que são as ADINS número 4655 e 4645, propostas respectivamente pelo Procurador Geral da República e pelos Partidos político com representação no Congresso Nacional foram motivadas pela inconstitucionalidade formal orgânica uma vez que foi editada por quem não era competente e em relação a inconstitucionalidade formal propriamente dita uma vez que ofereceram a ação por entender que não foi observado o procedimento.

5.1.1 A inconstitucionalidade formal orgânica e o abuso do poder de emendar

Quando se fala em inconstitucionalidade formal orgânica no Regime Diferenciado de Contratação entende-se que houve vício no ato quanto a competência, pois de acordo com a Adin 4645 houve suposta inconstitucionalidade quando foi introduzida uma emenda parlamentar pelo Deputado Federal José Guimarães ao disciplinar o artigo 47 do RDC e de acordo com a lei a competência é do Presidente da República como exposto por Lenza (2013, p. 533):

Nos termos do art. 62, caput, da CF/88 [...] o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Assim a MP individualiza-se por nascer apenas pela manifestação exclusiva do Chefe do Executivo, que a publica no DOU [...] Legitimado para a edição da MP: o Presidente da República, competência exclusiva marcada por sua indelegabilidade.

Então de acordo com a citação exposta a Medida Provisória é de competência do Presidente da República, sendo um ato indelegável e exclusivo, então as emendas pelos parlamentares têm como limite o texto normativo, de modo que não se pode extrapolar tais limites o que ocorreu.

Como exposto acima, a lei que institui o RDC se originou da Medida Provisória n. 527/2011, e houve a emenda por parte de um parlamentar o que resultou na inconstitucionalidade uma vez que não observou o processo legislativo previsto na Constituição e extrapolou o limite do texto da MP que nada dispunha sobre licitação e contratos, e sim a

criação e alteração de Cargos da ANAC e INFRAERO sendo inserido apenas por emenda do parlamentar.

Além da violação do devido processo legislativo que estabelece a competência para o Presidente da República, violou-se também o Princípio da Separação de Poderes estabelecido na Constituição como Princípio Fundamental, uma vez que a própria Constituição estabeleceu a competência ao Presidente da República.

Nos autos da Adin 4655 o Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, ainda explica que mesmo a sanção presidencial não tem poderes para a convalidação deste ato, uma vez que tal hipóteses não está prevista na Constituição, e apenas o Presidente têm o poder de criá-las e editá-las.

5.1.2 A inconstitucionalidade formal propriamente dita e a provável inexistência do requisito e relevância

Houve também a inconstitucionalidade formal propriamente dita uma vez que o caput do artigo 62 da Constituição Federal de 1998 estabelece a necessidade de que se cumpra o requisito específico de urgência e relevância para que o Chefe do Poder Executivo possa instituir a Medida Provisória como exposto por Gonçalves (2012, p. 483):

A medida provisória, [...] pressupunha “relevância e urgência” [...] Em síntese pode-se sustentar que a medida provisória foi prevista para o caso de uma urgência qualificada pela relevância. Ou seja como instrumento de legiferação de urgência [...]. Entretanto, sendo improvável que o Supremo Tribunal Federal altere sua jurisprudência, é de supor que o Executivo continue a editar medidas provisórias em matérias que não sejam flagrantemente tão urgentes.

E mesmo com os atrasos que ocorreram nas obras que foram e são objetos do Regime Diferenciado de Contratação não foi comprovada a urgência e relevância da aprovação da Medida Provisória que instituiu, mesmo porque ele não estava no projeto inicial, sendo então uma norma de caráter ordinário e não urgente, de modo que era apenas uma forma de reorganização de quadro da Administração Pública.

O que leva a crer que assim como citado doutrinariamente houve um abuso do uso da Medida Provisória pelo Chefe do Poder Executivo, não demonstrada em momento algum a

urgência e relevância, ato que deve ser vedado pelo Supremo Tribunal Federal e que não haja a convicção como têm sido, pois se trata de um ato inconstitucional.

5.2 A constitucionalidade formal do Regime Diferenciado de Contratação de acordo com a Doutrina e AGU

Assim como há os legitimados para propor as ações que versam sobre o controle de constitucionalidade como Adin, ADC, e ADPF, há o órgão responsável por defender a constitucionalidade da norma caso entenda ser viável, necessário e principalmente quando entender que a norma é constitucional, este órgão é a Advocacia Geral da União e tal órgão nas referidas Adins lançou alguns argumentos a favor da constitucionalidade formal da lei como será exposto a seguir:

5.2.1 A constitucionalidade formal orgânica baseada no abuso do poder de emenda

Quanto a Inconstitucionalidade Formal orgânica que tem como alegação o abuso do poder de emenda por parte do relator, em uma norma que é de competência exclusiva do Presidente da República; como foi acima citado poderá haver a emenda desde que não fuja do texto da Medida Provisória e os defensores da Constitucionalidade, dessa norma entendem que a reestruturação foi um meio utilizado para viabilizar e dar maior rapidez aos procedimentos licitatórios e por consequência a extensão a Licitação e contratos públicos foi mais uma medida visando a celeridade, reafirmando por Lenza (2013, p. 535) em sua obra:

Disciplinando a regra anterior, a Resolução n. 1/89 do Congresso Nacional, alterada pela de n. 2/89, regulamentando a matéria previu a possibilidade de apresentação de emendas ao texto da medida provisória, originalmente expedida pelo Presidente da República. [...] Essa regra foi mantida na Res. N. 1/2002 –CN. Dentro da nova sistemática havendo emendas, matérias correlatas ao conteúdo da medida provisória, o projeto de lei de conversão apreciado por uma das casas deverá ser apreciado pela outra, [...] devendo ser posteriormente nos termos das regras do processo legislativo comum levado à apreciação do Presidente da República para sancionar ou vetar a lei de conversão.

Então de acordo com o exposto por Lenza, que complementa o explicitado acima é possível depois das Resoluções a alteração da Medida Provisória, pois além dela ser norma cogente, ela é projeto de lei, iniciado pelo Chefe do Poder Executivo, mas após o início tem o tratamento de qualquer norma de 1º Geração, há ainda outra tese para derrubar a inconstitucionalidade formal orgânica defendida pelo Representante da AGU nos autos da Adin 4645 e exposta por Oliveira e Freitas e (2011, p. 13):

Pertinência temática só seria exigível nas matérias sujeitas à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, elencadas no art. 61, §1º inciso II da Constituição da República. No caso o tema relativo à licitação, por não estar inserido na competência legislativa privativa do Chefe do Executivo, poderia ser inserido por emenda parlamentar.

Com isso entende-se que o Presidente não poderia criar uma Medida Provisória regulando a matéria relativa a licitação e contratação pública, por isso instituiu a norma apenas com a reestruturação de órgãos visando uma maior celeridade na Administração Pública, e o Deputado relator, com objetivo de imprimir celeridade e eficácia ao Processo Legislativo aproveitou a conversão da MP em projeto de lei e inseriu matérias de competência do Poder Legislativo, de modo a não haver a necessidade da pertinência temática para o Poder de Emenda.

Outro argumento favorável a constitucionalidade desta norma é que a pertinência temática não é requisito vinculante, pois a PEC nº 11/2011 a época ainda não havia sido aprovada, fazendo com que não fosse inconstitucional a adição de matérias sem pertinência com o projeto inicial.

5.2.2 A constitucionalidade formal propriamente dita baseada na falta de urgência e relevância

Em relação a Inconstitucionalidade formal propriamente dita ocorrida pela falta de relevância e urgência os defensores embasam-se em duas teses, uma de que a Constituição atribui esse controle constitucional ao Legislativo que aceitou como relevante e urgente e que em razão da necessidade da obra realmente é urgente.

Quanto a urgência da obra os membros da Advocacia Geral da União alegam que é evidente em razão da proximidade que estava dos eventos e da morosidade na escolha das propostas com base na lei geral de licitações, uma vez que caso as obras não ficassem prontas o prejuízo para a Administração Pública seria muito maior, em razão da impossibilidade de obter o retorno financeiro, ainda salientam Oliveira e Freitas (2011, p.12):

Ainda que seja configurada, eventualmente, desídia por parte de alguns administradores públicos no planejamento e na execução dos projetos necessários aos referidos eventos esportivos naquilo que se convencionou chamar de “urgência fabricada”, certo é que não pode a sociedade ser prejudicada pela não realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no País, devendo, no entanto, ser aplicadas sanções aos administradores responsáveis.

Reafirmando o que foi exposto acima, a eventual desídia tem que punir os verdadeiros responsáveis seja sanção penal ou administrativa, para que haja o retorno financeiro para a Administração Pública e para a população fazendo com que circule as riquezas pelo País; então em razão disso as obras deveriam ser terminadas e houve a relevância e a urgência de se criar uma norma para um procedimento licitatório mais célere.

5.3 A Inconstitucionalidade Material do Regime Diferenciado de Contratação segundo a visão do Procurador Geral da República e dos Partidos com representação no Congresso Nacional

Quando se fala inconstitucionalidade material de uma lei ou qualquer ato normativo entende-se que o conteúdo desta lei que é um objeto não está de acordo com o parâmetro estabelecido pela Constituição Federal, e com essa incompatibilidade nasce a chamada inconstitucionalidade material defendida tanto pelo Procurador Geral da República quanto pelos Partidos com representação no Congresso Nacional, o DEM, PSDB e PPS e explicitada por Carvalho (2008, p. 351):

Cuida-se de inconstitucionalidade em que o conteúdo do ato se acha em desacordo com o conteúdo da Constituição. [...] Espécie de inconstitucionalidade material consiste na inconstitucionalidade por excesso

do Poder Legislativo, traduzida na incompatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos.

Então de acordo com o exposto por Carvalho caso uma norma não esteja de acordo com o conteúdo da Constituição haverá a denominada inconstitucionalidade material, e o texto do RDC tem supostas inconstitucionalidades materiais como a delegação ao executivo do regime jurídico da licitação, orçamento sigiloso, contratação integrada e restrições ao princípio da publicidade que será detalhado a seguir.

5.3.1 Da delegação ao poder executivo da escolha do regime jurídico

A primeira dúvida acerca da constitucionalidade, presente nas duas ADIN'S é em relação a competência delegada ao Poder Executivo na escolha do regime jurídico aplicável as licitações regidas pelo Regime Diferenciado de contratação, não havendo parâmetros mínimos definidos, posição contraria a da Constituição Federal em seu caput quando dispõe legalidade como um dos princípios, essa discricionariedade vai contra o interesse do povo, ressaltando que o poder é do povo, como exposto por Bandeira de Mello (2010, p. 529):

Assim não há duvidar que, por força disto os cidadãos têm o direito de participar de uma licitação segundo regras estabelecidas por lei, - que direitos se regulam por lei e não por atos de órgão da Administração. É um contra-senso que sendo a licitação uma garantia do cidadão contra discriminações indevidas que lhe possam ser feitas.

Ao contrário do que foi o exposto acima os critérios não serão definidos por lei, lesando assim o cidadão, mas será definido de acordo com o artigo 1º do RDC por órgãos instituídos pelo executivo como Autoridade Pública Olímpica (APO) e (GECOPA) Comitê Gestor da Copa, indo de forma contraria ao previsto como parâmetro na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI como expõe Moura e Ribeiro (2011, p. 23):

O novo regime de contratações instituído pela lei ora impugnada, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas não está de acordo com a norma do inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, nem com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

Como se pode perceber a Constituição Federal estabelece que deve conter cláusulas que estabeleçam um regramento mínimo para o procedimento licitatório e em uma clara comparação fica evidente a falta de adequação do disposto na lei do RDC com o que está disposto na CF/88.

Ademais essa delegação ao Executivo é desproporcional e viola um princípio basilar não apenas da licitação como de toda Administração Pública que é o princípio da impessoalidade, uma vez que o executivo irá contratar e o mesmo definir os parâmetros pra essa contratação.

5.3.2 Do orçamento sigiloso

O orçamento sigiloso talvez seja o tema mais polêmico acerca da inconstitucionalidade material do RDC, tal característica do Regime Diferenciado de Contratação tem suscitado muitas dúvidas acerca do respeito ao princípio da moralidade e publicidade da Administração pública princípios estes previstos na Constituição como parâmetros a serem observados, tal norma está prevista no art. 6º, §3º, e Moura e Riberio (2011, p. 46) explicitam os detalhes da violação :

O Dispositivo do §3º estabelece uma presunção de sigilo, invertendo a lógica constitucional. De acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório, presume-se que seja sigilosa, há nisto uma inversão da regra constitucional. Na Constituição Federal a publicidade e a transparência são regras. O sigilo justifica-se apenas em casos excepcionais, isto é, quando haja risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trata de informação que diga a respeito à vida privada e à intimidade do cidadão.

Então de acordo com o que foi citado há uma presunção de sigilo desnecessária de informação sobre o orçamento, de modo que a regra constitucional da publicidade passa a ser uma espécie de exceção, pois pela regra constitucional o sigilo justifica-se apenas em casos excepcionais.

5.3.3 Da contratação integrada

A contratação integrada é uma modalidade que foi instituída pelo RDC e que compreende desde a elaboração do projeto até a execução das obras, bem como os testes e tudo que for necessário para que a obra ou o serviços sejam executados corretamente e essa junção do projeto básico com o executivo é um desvirtuamento dos propósitos da licitação como indica Justen Filho (2008, p. 152):

O projeto delinea os contornos da obra ou do serviço que serão licitados posteriormente. Logo o autor do projeto teria condições de visualizar de antemão os possíveis concorrentes. Poderia ser tentando excluir ou dificultar o livre acesso de potenciais interessados. Isso se faria através de configuração do projeto que impusesse características apenas executáveis por uma específica pessoa.

Então subtende-se do texto supracitado que tal modalidade do RDC de acordo com ADIN 4645 é inconstitucional por violar novamente o artigo 37, caput da Constituição Federal que seria mais uma vez os princípios da administração pública, como a igualdade e a moralidade uma vez que são usados critérios subjetivos na escolha do vencedor em que pode haver escolha de pessoas e não escolha de propostas; na Adin em questão ainda reitera-se a insuficiência da utilização da contratação integrada uma vez que não é mais feito um projeto básico e sim um anteprojeto de engenharia.

5.3.4 Da publicação dos atos

Em relação a publicação dos atos fere-se o princípio da publicidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, bem como o orçamento sigiloso, de acordo com a ADIN 4645 a restrição outro site eletrônico que não seja o Diário Oficial da União torna inconstitucional, pois jamais pode-se dispensar publicação no DOU como está previsto no artigo 15, §2º da lei do RDC pelas razões expostas por Moura e Ribeiro (2011, p. 44):

A publicação em diário oficial, de outro lado, não vem apenas a título de assegurar o conhecimento público, ainda que presumido, dos atos de interesse coletivo. O diário oficial também é repositório oficial e permanente de

registros estatais [...] Ao contrário da internet, onde tudo é volátil e instável a publicação oficial impressa oferece registro definitivo.

Como exposto no texto houve uma restrição a publicidade além de deixar mais instável a garantia da publicidade que é um princípio basilar da administração pública e qualquer ato desde que não haja motivação deve ser público de forma que tal exceção vem a violar o parâmetro estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 37 caput, além do fato que o Diário Oficial armazena informações para registro.

5.3.5 Da remuneração variável

Alega-se também vício de inconstitucionalidade material do RDC em relação a remuneração variável, prevista no artigo 10 da lei 12. 462/11, a lei do Regime Diferenciado de Contratação um vez que a retribuição é paga conforme o desempenho, o que torna a remuneração algo muito subjetivo e pode vir a ser oneroso para Administração Pública violando o princípio da eficiência e por consequência da moralidade como explicita Azevedo dos Santos (2012, p. 45):

Aduz-se que o desempenho da contratada não pode ser parâmetro de remuneração por parte do contratante, pois permite ao administrador escolhas discricionárias que fujam dos critérios estabelecidos para uma concorrência isonômica. .

Com isso entende-se que deixa muito discricionário a remuneração variável de acordo com o desempenho, e não obedece a objetividade que o procedimento licitatório e a contratação pública exige e isso foge a isonomia, uma vez que pode haver um favorecimento bem como a impessoalidade e a eficiência, uma vez que ao invés de produzir mais com menos, o valor aumenta de acordo com a produção.

5.3.6 Pré-qualificação permanente

E finalmente segundo o Procurador Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada por ele afirma que a pré-qualificação afronta o princípio da

isonomia e da impessoalidade, pois afasta os que não foram qualificados de forma prévia o que gera uma lesão aos demais interessados, como exposto por Azevedo dos Santos (2012, p. 47): “ O procedimento de pré qualificação permanente no âmbito do Regime Diferenciado de Contratação está na contramão disso tudo, uma vez que busca habilitação prévia em fase anterior a da licitação”.

Então pode-se perceber que a lesão ocorrida na qualificação prévia é que após a abertura da licitação não é mais possível que outros concorram, sendo contrário ao princípio da isonomia e por consequência da impessoalidade uma vez que não permite a outras efetuar o cadastro ao tempo da licitação.

5.4 A constitucionalidade Material do Regime Diferenciado de Contratação de acordo com a advocacia geral da União

Após expor os argumentos contrários a constitucionalidade material do Regime Diferenciado de Contratação expostos tanto pela doutrina, Procurador Geral da União quanto por partidos com representação no Congresso Nacional; adiante será exposto argumentos favoráveis a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação refutando os argumentos favoráveis a inconstitucionalidade.

5.4.1 Da constitucionalidade do Poder Discricionário dado ao Executivo para a escolha do Regime Jurídico do RDC

De acordo com o parecer do próprio Senado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4655, a finalidade do Regime Diferenciado de Contratação é justamente uma menor burocracia, com um risco de engessar as obras previstas no RDC, ademais isto configura um excesso de formalismo como explica Valle (2011, p.6):

Ao pretender que um único modo de execução de atividades se preste a todo esse espectro de deveres- e com isso, a tendência à uniformização de regime jurídico neutralizando as necessárias distinções entre as várias áreas de atuação do Estado pós moderno, ao invés de prestigiar o princípio constitucional da igualdade funciona como elemento de bloqueio ao

cumprimento pela administração de seus propósitos constitucionais em todo seu variado aspecto.

Então de acordo com o citado pode-se entender que tal conduta é lícita e constitucional, pois vai de acordo ao princípio da eficiência, uma vez que no Estado atual a Administração Pública tem a obrigação de prestar uma grande variedade de serviços públicos, quanto mais eficaz, célere e menos burocrático for um serviço que irá ser útil a administração pública é válido e portanto constitucional.

Ainda de acordo com o Advogado Geral da União já houve precedentes de regime jurídico de contratação pública com uma maior discricionariedade do administrador, como a modalidade pregão instituído pela lei 10.520/2002, modalidade esta que foi um sucesso e é a mais usada pela administração pública em suas contratações.

5.4.2 Da Constitucionalidade do sigilo do orçamento

Há a tese de inconstitucionalidade em relação ao orçamento sigiloso com base na violação do princípio da publicidade, previsto na Constituição em seu art. 37, caput, entretanto com exposto na lei 12.527/11 que regula o acesso à informação previstos na Constituição há o conceito de informação sigilosa que se subdivide em ultrassecreta, secreta e reservada.

O sigilo previsto no RDC; segundo informações obtidas pela lei 12.462/2011, do Regime Diferenciado de Contratação e pela lei de acesso à informação, a lei 12.527/2011; é reservado pois a informação será acessível aos órgãos de controle da administração pública sejam eles internos ou externos e segundo, além disto é uma maneira de dificultar uma elevação de preços como explica Lira e Nobrega (2011 p. 53):

Primeiro ela retira do certame as empresas que tenham um custo de produção maior do que o preço orçado pela administração. Por outro lado, há um acirramento do nível de competitividade das empresas participantes do certame, já que estas deverão compensar a menor probabilidade de ganhar a licitação com a apresentação de contratações mais baixas.

Tal citação indica então que ao invés de haver uma maior possibilidade de fraude, o orçamento sigiloso permite que haja uma maior fiscalização dos órgãos de controle e que privilegia a administração, uma vez que retira as empresas com maior preço e permanece apenas

as empresas interessadas em contratar, e que se necessário baixarão os preços para ganhar de seus concorrentes e por consequência não viola a publicidade, mas sim a indica a quem realmente necessita –se que tenha acesso.

5.4.3 A constitucionalidade da Contratação Integrada

A inconstitucionalidade da contratação integrada está baseada no argumento de que não há o respeito ao princípio do julgamento objetivo e por consequência do princípio da isonomia, em razão de não haver um projeto básico e sim um anteprojeto de engenharia, entretanto segundo Santos e Ferreira, (2011, p. 55):

Decidir pela contratação integrada não constitui, portanto uma faculdade da Administração. A decisão pela adoção do novo regime de execução constitui ato vinculado do administrador: vale dizer, somente nos casos em que seja admissível a adoção de licitação do tipo técnica e preço, é que poderá utilizar o regime da contratação integrada.

Então apesar de mudar os tramites do projeto, ele para ser escolhido deverá obedecer a todo um parâmetro a ser estabelecido, inclusive somente é possível com a adoção do tipo de licitação melhor técnica e preço; ainda há o argumento a favor da contratação como uma forma de desburocratizar e transferir a responsabilidade para o licitante como citado por Santos e Ferreira, (2011, p. 55): “A principal questão não é sobre ser possível ou não a contratação da elaboração do projeto básico, a questão é sobre ser possível juridicamente, ou não, transferir para o licitante a atribuição de elaborar o projeto básico que irá executar”.

Então diante do exposto acima entende-se que o importante não é a delimitação do projeto básico em si, mas saber se pode transferir a responsabilidade para o particular da montagem do projeto básico com a responsabilidade de entrega do serviço ou obra, então entra-se na esfera desburocratização e eficiência da administração pública, uma vez que o projeto básico não é compatível com o executivo.

Em síntese não viola o princípio da isonomia uma vez que há a concorrência do mesmo jeito, bem como a fiscalização e análise do projeto, há apenas uma maior observância do princípio da eficiência, em razão de diminuir a possibilidade da administração gastar com aditivos como citado acima.

5.4.4 Da constitucionalidade da publicação dos atos

A inconstitucionalidade da publicação dos atos no Regime Diferenciado de Contratação é baseada no fato de não haver uma publicação no Diário Oficial da União e sim em outro sítio eletrônico, entretanto como se pode observar há a preocupação com a publicação e não há nada previsto na Constituição que vede outros meios de publicação.

Inclusive na lei geral de licitações, a lei 8.666/93 em seus artigo 21 cumulado com o art. 23 e inciso I, alínea “a” e inciso II alínea “a” já é dispensada a publicação no caso de convite, havendo então de certo modo até uma preocupação maior do que há atualmente com a publicação dos atos como exposto por Azevedo dos Santos (2012, p. 60):

Observa-se que o legislador já havia dispensado a publicação em diários oficiais das obras e serviços de engenharia de até R\$ 150.000,00 e compras e serviços de até R\$ 80.000,00, nos casos em que se trata da modalidade convite [...] não viola o princípio da publicidade consagrado na Constituição da República, mas que no contrário vai além do previsto na lei 8.666/93

Então ao invés de ser um retrocesso e inconstitucional por ferir o princípio da publicidade, pode-se dizer que há uma garantia maior da publicidade uma vez que caso seja dispensada do Diário Oficial da União deve-se publicar em um meio eletrônico demonstrando além da garantia uma preocupação com a evolução da publicidade no cenário da contratação pública.

5.4.5 A Constitucionalidade da remuneração variável

Ao contrário do que foi exposto a favor da inconstitucionalidade, a tese a favor da constitucionalidade observa que privilegia o princípio da eficiência, uma vez que privilegia o resultado mesmo que pague valores diferentes, mas, tais valores estarão de acordo com as cláusulas estabelecidas, de acordo com o exposto pela AGU na ADIN (2011, p. 9):

A remuneração variável consiste na possibilidade de a administração pagar ao contratado um valor maior ou menor do que originalmente pactuado em função do cumprimento de metas previamente fixadas, prazo, qualidade,

sustentabilidade, em estrita conformidade com parâmetros estabelecidos no instrumento convocatório.

Com isto entende-se que há uma ampliação da eficiência acarretando benefícios para a administração pública não só financeiro necessariamente, mas tecnológico e estrutural, mas também há um limite que será obedecido de acordo com o edital, personificando o princípio da eficiência apenas de uma forma inovadora e mais vantajosa para ambas as partes.

5.4.6 A constitucionalidade da pré-qualificação permanente

A pré-qualificação trata-se de um ato de declaração de que foram preenchido os requisitos de qualificação técnica de acordo com o atributo mínimo de um objeto, produz efeito de cadastro para procedimentos futuros, a alegação sobre inconstitucionalidade em relação a isto encontra-se embasada na falta de oportunidade para se qualificar na fase de lançamento do edital, entretanto Justen Filho (2005, p. 67) defende :

Amplia-se a eficácia da atividade administrativa desenvolvida no curso da pré-qualificação e reduz-se a burocracia e a demora para promover um número indeterminado de licitações futuras. Outra vantagem consiste na redução de custos dos licitantes.

Então de acordo com o exposto é constitucional uma vez que privilegia a eficiência e reduz todo o trâmite existente das licitações futuras, uma vez que com a pré-qualificação o licitante cuida-se de se adequar as condições impostas pela administração pública para a execução daquele contrato.

Com isto houve a busca da exposição dos pontos de vista acerca da constitucionalidade desta lei, para que ao final seja possível um embasamento acerca de uma possível conclusão acerca se a lei é ou não inconstitucional, seja ela formal ou seja ela inconstitucionalidade material.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho, como exposto inicialmente, têm como objetivo principal, com base em todos os elementos pesquisados e escolhidos para inserção na pesquisa, colher elementos necessários para análise acerca da Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade da lei 12.462 de 4 de agosto de 2011 que inseriu o Regime Diferenciado de Contratação.

Para isto foi necessário detalhar as principais características do Regime Diferenciado de Contratação que é o objeto do controle de constitucionalidade e observar se tal norma está de acordo ou em desacordo com os parâmetros estabelecidos pelo texto da Constituição Federal de 1988.

Em um primeiro momento percebe-se que a licitação foi um grande avanço na maneira do Estado efetuar suas Contratações, evitando fraudes e por consequência alcançando a finalidade do contrato social e também que essa evolução no Brasil se desse de maneira gradativa com grandes avanços apenas na Constituição Federal de 1988.

Constituição esta que estabeleceu princípios que como se pode perceber que devem vir a ser observados pela administração pública, dos quais jamais devem ser violados, pois são de suma importância e caso o sejam correrá o risco de gerar uma grande instabilidade jurídica no País.

Pode-se entender então que a modalidade licitatória denominada Regime Diferenciado de Contratação é uma modalidade licitatória e como as outras pode vir a usar quaisquer dos critérios de julgamento da lei geral de licitações, com uma certa preferência por alguns tipos como melhor técnica e técnica e preço.

Também percebe-se que o Regime Diferenciado de Contratação em relação a parte de contrato pouco difere da lei geral de licitações, apenas a complementando, a principal finalidade do legislador foi imprimir um procedimento licitatório mais célere para situações em que há uma maior urgência.

E por fim, percebe-se que apesar dos grandes avanços obtidos com este regime houve a violação de diversos Princípios Constitucionais em relação a matéria sobre a Administração Pública o que acarreta como consequência a inconstitucionalidade tanto em seu modo formal quanto material na norma em questão.

Com base em tais elementos pode-se entender que o Regime Diferenciado de Contratações trouxe boas inovações que realmente podem ser usadas para uma evidente melhoria da contratação por parte da Administração Pública uma vez que realmente a legislação não acompanhou a evolução da sociedade.

Dentre os fatores positivos e que demonstram a eficiência houve o destaque a contratação integrada que visa diminuir o uso de aditivos financeiros para finalizar uma obra uma vez que a Administração contrata o projeto e com esse modelo de contratação há uma transferência de riscos, tornando mais eficiente para administração.

Além disto, pode-se observar o princípio da eficiência na maior flexibilidade na inversão de fases e escolha das propostas, sendo uma forma de estimular a celeridade na contratação e por consequência a qualidade, além de realmente dar uma maior importância ao princípio da isonomia, uma vez que todos os cadastrados terão suas propostas analisadas.

Entretanto apesar da evidente evolução inserida pelo Regime Diferenciado de Contratação instituído infraconstitucionalmente, tal norma deveria ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro e declarada inconstitucional, uma vez que viola a Constituição em seus parâmetros formais e materiais.

A violação formal como citada anteriormente ocorreu em relação ao abuso do poder de emendar e em relação ao não preenchimento de requisito específico de relevância e urgência; pois é evidente que Medida Provisória é de competência apenas do Presidente e não pode ser emendada violando o devido processo legislativo previsto na Constituição bem como, ademais a relevância e urgência foi algo construído pelo próprio Representante do Poder Executivo, motivo do qual não se pode banalizar os requisitos específicos de um processo legislativo por inércia do Representante da Administração Pública.

Além da violação formal há a denominada violação material que ocorreu em vários artigos previstos no Regime Diferenciado de Contratação, em relação ao orçamento sigiloso, discricionariedade de escolha do Regime Jurídico do RDC, remuneração variável, qualificação permanente.

Em relação ao orçamento sigiloso pode-se dizer que houve a inconstitucionalidade material, pois houve um desrespeito ao princípio da publicidade que é um parâmetro constitucional exposto no artigo 37 da Carta Magna e por consequência não deveria ser imposto em uma lei infraconstitucional.

Outra violação em relação ao conteúdo material da Constituição ocorreu também em relação a discricionariedade dada aos órgãos do executivo na escolha do Regime Jurídico da licitação, de modo que não há a estrita observância do princípio da legalidade, também previsto no artigo 37 da Constituição; a remuneração variável também se configura como uma violação aos preceitos constitucionais e por consequência, torna-se inconstitucional, uma vez que fere o princípio da impessoalidade, pois dá ao administrador a possibilidade de escolha e retira da lei essa definição acerca do valor que o contratado irá ganhar, possibilitando que ocorra fraude entre o contratado e o representante da Administração Pública.

Por fim também houve a violação material em relação a qualificação permanente, uma vez que fere a isonomia, pois não dá a possibilidade dos demais participantes se cadastrarem até o dia do lançamento das propostas, também ferindo o princípio da impessoalidade, pois com um grupo fechado facilita a prática de fraude; pode-se perceber que apesar dos diversos e relevantes pontos positivos além dos argumentos plausíveis sobre evolução para um regime com uma maior celeridade e modernidade em relação a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação, desde o seu início, essa lei não têm a estrita observância das diretrizes e princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

Com isso, entende-se que tanto o Procurador Geral da República quanto os Partidos políticos com representação no Congresso Nacional estavam certos ao levar tal questão para ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal de 1988, como inconstitucional uma vez que, desde o seu nascimento violou o texto constitucional e caso seja considerada inconstitucional, uma vez que não foi julgada trará grande instabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, passando um claro recado ao executivo e legislativo que na criação de normas não se deve observância a Constituição Federal.

Por fim pode-se dizer que o mais coerente é declarar a norma inconstitucional e fazer uma análise do que há de positivo em relação aos preceitos estabelecidos na lei 12.462/2011 e com eles criar uma nova norma que esteja nos parâmetros da Constitucionalidade Federal de 1998 sejam os parâmetros formais ou os materiais.

Ou talvez com algumas modificações pontuais estender o Pregão a estas obras que o Regime Diferenciado de Contratação abrange, uma vez que têm características muito semelhantes, apenas com objetos diferentes, com isso seria possível os avanços na hora da Administração Pública contratar sem violar a Constituição e criar uma instabilidade jurídica no País.

REFERÊNCIAS

Livros e Doutrinas

ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo . Direito Administrativo Descomplicado.19.ed.Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2011.

ALTOUNIAN, Claudio Sarian; CAVALCANTE; Rafael Jardim. RDC e contratação integrada na prática, Belo Horizonte, Fórum, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012

AURÉLIO, B. A previsão de remuneração variável do contratado no Regime Diferenciado de Contratação Pública, Regime Diferenciado de Contratações Públicas, RDC: 2 ed. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2012

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro, 4 ed, São Paulo; Saraiva. 2013

BONAT, Debora. Metodologia da Pesquisa.3.ed.Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo.25.ed. São Paulo: Atlas,2012

CARVALHO, Mateus. Manual de Direito Administrativo, Salvador, Juspodivm, 2014

CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Administrativo. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo.25.ed.São Paulo: Atlas, 2012.

FONSECA, Rafaela Aparecida; O Regime Diferenciado de Contratação Pública e a governança pública no Brasil, Lavras,UFLA, 2013

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos- Casos e Polêmicas, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007

GOMES, Fábio Bellote. Elementos de direito administrativo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

HORVATH, Mirian Vasconcelos Fiaux. Direito Administrativo. Barueri, SP: Manole ,2011.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. Manual de Direito Administrativo.6.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos da Metodologia Científica. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7.ed. Niterói: Impetus 2013

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26º.ed. São Paulo: Malheiros, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultado. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2012

OLIVEIRA, Rafael Rezende e FREITAS, Rafael Veras, O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e administração de resultados, in Revista Brasileira de Direito Público, nº35; Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2011.

ROSA, Marcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (coleção sinopses jurídicas.

TORRES, Ronny Charles Lopes de Torres. Licitações Públicas. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2012

Artigos e Monografias disponíveis eletronicamente:

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza, Uma Visão Geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Objeto, Objetivos, Definições, Princípios e Diretrizes, Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf
Acesso em: 30/03/2014.

JUSTEN FILHO, Marçal . O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); comentários a lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 Belo Horizonte, Fórum, 2012.

MACHADO, Cristiano Krueel Borges, O Regime de Contratação Diferenciado para a copa: um estudo comparado com a lei das licitações, Porto Alegre, 2012, Disponível em : http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/cristiano_machado.pdf, Acessado em: 24/09/2014

MONTEIRO, Vitor Trigo; Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21119/comentarios-sobre-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas/2#ixzz2uBc8ZjLB>. Acesso em 20/02/14

MOTTA, Carlos Pinto Coelho e BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Ed. Fórum 2012

OLIVEIRA, Hercules Alberto de, PESSOA NETO José Antonio, TORRES Rômulo Braz. Regime Diferenciado de Contratações Públicas- RDC: A experiência da Infraero: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/2013/V_CONSAD/VI_CONSAD/182.pdf. Acesso em 20/02/14

REISDORFER, Guilherme. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011) Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/ie55/IE55-guilherme.pdf>. Acesso: 20/05/2014.

REZENDE, Renato Monteiro, O Regime Diferenciado de Contratações Públicas.: Comentários à lei nº 12.462/2011. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciadode-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011> Acessado em 14/09/2014

RIGOLIN, Ivan Barbosa. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/artigos/Dr.%20Ivan%20Barbosa%20Rigolin/artigo%20139.pdf>, Acesso em: 10/06/2014

SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos Santos, O Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz das ADINS 4645 e 4655- Análise Crítica, Rio de Janeiro, 2012, Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10363/Gabriella%20Marques%20de%20Azevedo%20dos%20Santos.pdf?sequence=1> Acessado em 17/10/2014

SOUZA, Fatima Regina de. Manual Básico de Licitação. São Paulo: Nobel, 1997.

TIECHER, Eliane de Jesus Gonçalves, O PROCESSO LICITATÓRIO COMO RESULTADO DE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Disponível na internet via: www.jfms.jus.br/intranet/secoes/1/305/306/MONOGRAFIA%20-%20Eliana%20de%20Jesus%20Goncalves%20Tiecher.pdf. Acesso em 23/02/14

Leis e Jurisprudências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 21 de junho
de 2014

BRASIL. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm > Acesso em
09 de agosto de 2014

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em 10 de outubro de
2014

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em 10
de outubro de 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN n. 4645, Relator : Ministro Luiz Fux, Brasília,
Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP
&descricao=ADI%2F4645](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645)>, Acesso em 01 de novembro de 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN n. 4655, Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília,
Disponível em:< [http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP
&descricao=ADI%2F4655](http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655)>, Acesso em 01 de novembro de 2014

Fontes eletrônicas

ESAF. Disponível na internet via: [http://www.esaf.fazenda.gov.br/capacitacao/
orcamentaria/material-didatico-etapa-salvador](http://www.esaf.fazenda.gov.br/capacitacao/orcamentaria/material-didatico-etapa-salvador). Acesso em 23/02/14

GOV.BR. Disponível na internet via: [http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/
manual_rdc.stm](http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual_rdc.stm). Acesso em 23/02/14

PAC2. Disponível na internet via: <http://www.pac.gov.br/i/fafa45ab>. Acesso em 23/02/14