

Tendências legislativas e jurisprudenciais da licitação no Brasil

Pamela Danelon Justen de Oliveira

Acadêmica de Direito no Centro Universitário UNICURITIBA.

Luciano Elias Reis

Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração – Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA, professor da pós-graduação do UNICURITIBA, professor da pós-graduação em Direito Administrativo Disciplinar no NPSPP e professor convidado da pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos da UNIBRASIL.

Resumo: O presente trabalho propõe uma análise das tendências legislativas e jurisprudenciais da licitação no Brasil por meio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O RDC surgiu como uma via mais célere, econômica e eficiente de contratação pública para garantir a execução das vultosas obras e a contratação dos serviços necessários para a realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, eventos esportivos de grande porte sediados pelo Brasil. O RDC tem por base aspectos de leis anteriores, mas também trouxe consigo diversas inovações, algumas delas impugnadas, no entanto, por ações diretas de inconstitucionalidade. Inicialmente essa modalidade seria utilizada apenas nos casos de exceção citados, mas o que se observa é uma tendência à expansão para outros casos de contratações públicas e estima-se que o RDC possa vir a tornar-se a principal forma de licitação e contratação pública no Brasil.

Palavras-chave: Licitação. Regime Diferenciado de Contratações Públicas, RDC. Tendência normativa. Tendência jurisprudencial.

Súmatório: 1 Introdução – 2 Lei do RDC: extensão legislativa, críticas e o processo de transição – 3 A expectativa da doutrina: perspectivas para o futuro – 4 Conclusão – Referências

1 Introdução

Nas últimas duas décadas, o país teve suas contratações públicas regidas em maior grau pela Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666). No entanto, o ritmo de desenvolvimento da nação, bem como circunstâncias especiais como a escolha do Brasil para a sede de eventos esportivos mundiais, requisiu a criação de instrumentos mais céleres para a contratação de obras e serviços que garantissem a infraestrutura de tais eventos.

Nesse contexto, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) surge como Medida Provisória em 2011, sendo posteriormente convertido na Lei nº 12.462, no mesmo ano. Esse regime chega como alternativa à Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666) para injetar celeridade, eficiência e vantagens econômicas nas contratações empreendidas pela Administração Pública. O entendimento dos gestores públicos, especialistas e fornecedores de bens e serviços para a União é de que a Lei Geral de Licitações, que já conta com mais de duas décadas de homologação, precisava ser alterada para conferir mais agilidade às contratações de bens

e serviços, reduzir fraudes e minimizar a burocracia que emperra a eficiência dos procedimentos realizados no âmbito da Administração Pública.

É nesse contexto que surge a iniciativa, por parte do Poder Executivo e do Congresso Nacional, de instituir um novo procedimento licitatório por ocasião das vultosas obras exigidas para a realização de eventos esportivos de grande porte sediados pelo Brasil – a saber, os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) de 2013 e a Copa do Mundo FIFA 2014. Devido à proximidade desses eventos, ficou clara a necessidade de se instrumentalizar um procedimento de contratação que não contasse com toda a burocracia e lentidão das licitações previstas pela Lei nº 8.666. Assim, inspirado pela experiência internacional (notadamente as regras de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos e as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), bem como pela bem-sucedida aplicação do procedimento de pregão eletrônico no Brasil, o RDC vem não para substituir a Lei Geral de Licitações, mas correr em paralelo a ela.

O RDC apresenta inovações importantes no sistema jurídico nacional de licitações, assim como consolida formulações doutrinárias e jurisprudenciais que receberam adoção paulatina pelo ordenamento. O presente estudo concentrará foco em diversas dessas inovações e em outros vários institutos consolidados pela Lei nº 12.462 e pelo Decreto nº 7.581.

2 Lei do RDC: extensão legislativa, críticas e o processo de transição

Era iminente a necessidade de modernização das regras de contratação presentes na Lei Geral de Licitações, que, quando da introdução do RDC, já possuía quase vinte anos. As denúncias de irregularidades nos processos licitatórios também fizeram com que a sociedade exigisse uma postura

mais moral nas contratações feitas pela Administração Pública.

2.1 A extensão legislativa da incidência do RDC

O RDC é fruto de uma experiência bem-sucedida que adotou procedimentos já presentes nos processos de contratação pública, inclusive aqueles utilizados no pregão eletrônico da Lei nº 10.520.

Segundo a Lei nº 12.462, contudo, o RDC seria aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo FIFA de 2014. De acordo com o art. 1º dessa lei,

[é] instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012) V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015) VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015).¹

¹ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, nº 8.399, de 7 de janeiro de 1992, nº 11.526, de 4 de outubro de 2007, nº 11.458, de 19 de março de 2007, e nº 12.350, de 20

O Governo editou a Medida Provisória nº 527, convertida na Lei nº 12.462, que instituiu o RDC em caráter temporário e exclusivo para esses três eventos. No entanto, segundo Lunelli,² abriram-se as portas, cautelosamente, num primeiro momento pela necessidade de viabilizar esses eventos, para o que poderá vir a ser a nova Lei de Licitações.

Daniel Tobias Athias nos diz que

[...] quando da sua introdução no ordenamento jurídico, a utilização do RDC se limitava a obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas, ou seja, uma lei com tempo e objeto definidos. Não obstante, com o passar do tempo as hipóteses de sua utilização foram sendo paulatinamente ampliadas, até chegarmos a este momento: a tentativa de instituir o RDC como nova lei geral. Ou seja, o transitório se perpetuou para se tornar duradouro.³

Para Justen Filho, a adoção do novo sistema licitatório resultou de certos fatores que devem ser interpretados sob uma dupla ótica. Por um lado, circunstâncias extraordinárias exigiam a adoção de providências por parte do Estado. Por outro, a invocação dessas circunstâncias teve o intuito de superar um impasse sobre a reforma da disciplina legislativa das licitações e contratações públicas no Brasil.⁴

De acordo com Guilherme Jardim Jurksaitis, o RDC seria uma resposta à ditadura conservadora da Lei nº 8.666. Para ele, o seu enfraquecimento já é visto há algum tempo. Como exemplo, o aumento das hipóteses de contratação direta, previstas pela própria lei. “A licitação na modalidade de pregão e os regimes simplificados de licitação para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas também fazem parte desse processo”.⁵

Para Jurksaitis, essa tendência foi consolidada pelo advento da Lei nº 12.462. Segundo ele, a criação do RDC foi, desde o início, identificada como um passo relevante para acabar com a rigidez do modelo previsto pela Lei Geral de Licitações.

de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

² LUNELLI, Rômulo Gabriel M. Lei do RDC: a nova lei de licitações. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3510, 9 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23697>>. Acesso em: 6 set. 2015.

³ ATHIAS, Daniel Tobias. Institutional bypass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

⁴ JUSTEN FILHO, 2013a, p. 16.

⁵ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. RDC: Uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

A oposição feita ao RDC parte do pressuposto de que a Lei nº 8.666/93 funciona bem e gera ótimos negócios para a administração pública. Ao olhar para a experiência contemporânea das contratações, o que se vê é justamente o contrário. Sua rigidez impede que a administração faça adaptações na licitação a depender do que se pretende obter no final do certame. Essa circunstância se agrava quando estamos diante de uma lei que foi feita para atender a um tipo muito específico de contratação de obras e serviços de engenharia. Querer aplicá-la a todos os negócios que a administração pública venha a celebrar é um equívoco (não é a toa que existem tantas hipóteses de contratação direta).⁶

É evidente que há muita oposição em relação ao Regime Diferenciado de Contratações. Como visto anteriormente, as ADI são um exemplo sólido dessa objeção. Mas, diante da obsoleta Lei nº 8.666, o RDC vem como inovação que visa a superar a conservadora Lei Geral de Licitações.

2.2 Críticas ao Regime Diferenciado de Contratações

O RDC recebeu e recebe inúmeras críticas. Segundo Ricardo da Silva Porto, hoje não se pode prever que rumo a Administração Pública traçará para esse regime; tudo o que há são meras especulações. Mas ele acredita que o RDC não será capaz de substituir a Lei Geral de Licitações completamente. O autor afirma que

[...] é importante ter em mente que o RDC nem de longe pode substituir a Lei nº 8.666/93, apesar de se ter uma tendência em expandi-lo a outros temas, tendo em vista que tem produzido resultados muito satisfatórios.

Temos certeza de que o modelo atual deverá ser cada vez mais debatido. E a partir dessa verdade é que se deve visualizar o RDC, ou seja, analisado como uma nova modalidade que visa a trazer inéditas soluções à área de licitações e de contratos. E estas incursões inserem-se em um modelo gerencial de Administração. Temos a certeza de que ainda há muito que se debater sobre o tema e, para tanto, deve-se dar os devidos passos neste sentido.⁷

Marcos Perez acredita que a Lei do RDC se consolidará na medida em que sua sustentabilidade for verificada:

[...] muitas vezes há possibilidade de se usar o RDC, mas o administrador público ou a burocracia administrativa, assustada com as inovações, acaba usando a 8.666, que é menos eficiente. Há, no entanto, um movimento. Na medida em que se verificar que o RDC é sustentável, do ponto de vista jurídico, e mais eficiente que a 8.666, os tribunais também vão opinando sobre isso e a jurisprudência vai se formando a ponto de dar segurança para o administrador. Ele vai optar pelo RDC e não vai optar pela 8.666, quando assim puder.⁸

Segundo Jurksaitis, é necessário haver mais modelos de licitação e de contratação para a Administração Pública. Ele não defende, contudo, que essas opções sejam feitas *ad hoc*, ao arbítrio do administrador, mas nos termos e nos limites da lei.

A circunstância de ter um âmbito de incidência restrito não faz do RDC uma lei de emergência, ou feita às pressas para atender aos eventos esportivos dos próximos anos – o RDC não foi usado nas licitações dos estádios ou nas dos aeroportos. Trata-se, na verdade, de um ensaio a ser cuidadosamente observado antes de ser definitivamente posto em cena. Vale lembrar que com a licitação na modalidade de pregão também foi assim. No início, o pregão estava restrito apenas à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. E só depois de constatado o seu sucesso é que ele foi ampliado para a toda a administração pública.⁹

Do disposto, o RDC parece ser modelo de licitação viável com a finalidade de melhorar a gestão e as contratações públicas.

Para Jurksaitis, ainda,

[n]ão se pode ler o RDC com as lentes da Lei nº 8.666/93. Esse conservadorismo, além de inconsistente, seria improdutivo e até mesmo perigoso, pois perpetuaria uma lei, que embora importante no passado, está ultrapassada e tem se mostrado excessivamente propensa a desvios contrários ao interesse público. É certo que ainda há poucas experiências para avaliar o RDC. Mas parece que a novidade veio para ficar, a depender apenas do resultado do julgamento das ações de inconstitucionalidade propostas (Adin 4645/DF e Adin 4655/DF).¹⁰

O objetivo do Regime Diferenciado de Contratação é ampliar a eficiência, celeridade, competitividade, assim como incentivar o uso da tecnologia nas contratações públicas, por meio da flexibilização

⁶ *Ibid.*

⁷ PORTO, Ricardo da Silva. *A pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações do RDC (Lei 12.462/2011)*. 2014. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Resumo-Pr%C3%A9-Qualifica%C3%A7%C3%A3o-RDC.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2015.

⁸ CONJUR; PEREZ, Marco Augusto. “Depois de 20 anos, Lei de Licitações está seguramente ultrapassada”. *Revista Consultor Jurídico*, 22 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/entrevista-marcos-perez-advogado-professor-direito>>. Acesso em: 6 set. 2015.

⁹ JURKSAITIS, 2012.

¹⁰ JURKSAITIS, 2012.

do processo de licitação, sendo essa característica indispensável para que o regime corresponda aos objetivos mencionados. Desta forma, compreende-se que o RDC não poderá ser visto sob o prisma da Lei Geral de Licitações, tendo em vista o engessamento do processo licitatório resultante de inúmeros impasses quanto à sua reforma legislativa.¹¹

2.3 O processo de transição

Segundo Justen Filho, a disciplina do RDC afigura-se como uma espécie de “experiência legislativa” que visa à implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório.¹² Para ele, esse experimento legislativo não se trata de uma inovação, mas é uma solução já muito praticada em outros países.

Justen Filho relata que, quando existe a necessidade de um novo regime para questões sérias, ao invés de simplesmente encerrar a lei vigente e introduzir um regime novo, é preciso experimentar legislativos. Tais experimentos tratam de leis que possuem um novo modelo, mas que não serão aplicadas de modo genérico para sempre. Para o autor, a Lei do RDC tem justamente essa função, isto é, de alterar determinadas coisas para que se possa analisar sua eficácia. Se o resultado for positivo, então, a lei poderá ser generalizada.¹³

Justen Filho explica melhor quais seriam as características de uma experimentação legislativa: para ele, a experiência concreta conduzirá à sobrevivência do sistema reputado mais satisfatório. Não seria exagero, portanto, afirmar a existência de uma espécie de “competição” entre dois sistemas. “Sobreviverá aquele que se revelar mais apto a satisfazer as necessidades existentes. Portanto, os resultados práticos obtidos permitirão uma avaliação mais consistente sobre as soluções a serem adotadas”.¹⁴

Conforme o autor,

[c]omo se passa com qualquer processo de experimentação, existem dificuldades concretas a serem enfrentadas a aplicação da Lei nº 12.462. Há uma tendência a aplicar a nova Lei como uma extensão da antiga. Há incerteza sobre as escolhas mais satisfatórias. Sempre existe uma tendência a

manter o regime interior, produzindo uma espécie de interpretação extensiva. Isso significa excluir as inovações contempladas na lei mais recente por meio da aplicação de interpretações desenvolvidas a propósito das normas mais antigas.¹⁵

Já Daniel Tobias Athias apresenta a noção de *bypass*. Ele explica que a sua utilização é uma das ferramentas disponíveis para realizar mudanças no ordenamento jurídico, ou mesmo reformas institucionais: visto que pode ser difícil alterar diretamente um ato normativo tido como ineficiente, cria-se uma nova lei – em tese melhor – que competirá com sua predecessora.¹⁶

De acordo com o autor, diante das dificuldades em realizar uma reforma geral da Lei nº 8.666, cujas críticas são públicas e notórias, especialmente em relação ao excesso de burocratização, a Administração utilizou justamente um *bypass* quando da criação do RDC, sendo que (1) não foi substituída a Lei de Licitações, (2) criou-se uma alternativa, (3) a justificativa de sua criação foi de tentar reduzir custos, burocracia e lapso temporal para as contratações e (4) ele só se aplica a determinadas situações legalmente previstas.

Segundo Athias, a relação entre a lei preexistente e o *bypass* poderá ser *harmoniosa* ou *combativa* a depender dos contornos a ela dados pelos agentes públicos responsáveis pela sua condução, sendo que “uma hipótese preliminar, pelo menos até este momento, é que haverá uma verdadeira substituição de um regime de contratações pelo outro, assumindo o RDC o papel de lei ‘guarda-chuva’ para contratações públicas”.¹⁷ Isto é, segundo Athias, a adoção de um novo regime geral de contratações públicas é o contorno final da Lei de Licitações.

3 A expectativa da doutrina: perspectivas para o futuro

De um modo geral, os autores consultados tendem a crer na permanência da Lei do RDC, mesmo em face de seu caráter originalmente provisório. Quanto à continuidade da Lei Geral de Licitações, as opiniões tendem a divergir; enquanto alguns autores creem na possibilidade de coexistência de ambas as leis, outros acreditam que, por ter se tornado obsoleta, a Lei nº 8.666 será revogada.

[...] [O] regime integrado do RDC é o grande trunfo do modelo. “Antes, o projeto demorava dois ou três anos para ser liberado e saía daqui já defasado ou com muitas imperfeições, o que aumentava o custo

¹¹ BRASIL. Portal de Governo Eletrônico do Brasil. Regime Diferenciado de Contratações – RDC. 2013. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/compras-governamentais/regime-diferenciado-de-contratacoes-2013-rdc>>. Acesso em: 16 set. 2015.

¹² JUSTEN FILHO, 2013a, p. 14.

¹³ NEITSCH, Joana; JUSTEN FILHO, Marçal. Um advogado cosmopolita. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 29 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/um-advogado-cosmopolita-1mf84v6wkuelmwtslw1x4n66>>. Acesso em: 6 set. 2015.

¹⁴ JUSTEN FILHO, 2013a, p. 15.

¹⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶ ATHIAS, 2013.

¹⁷ JUSTEN FILHO, *loc. cit.*

só depois da obra. Hoje é possível entregar o projeto em quatro meses. Ou seja, houve uma grande compensação de cronograma”.¹⁸

É grande a expectativa quanto ao regime, ainda que esteja em fase de aperfeiçoamento, que visa a garantir celeridade e economia aos cofres públicos.

Já um levantamento publicado em fevereiro pelo jornal Valor mostrou que o novo sistema conseguiu reduzir o prazo de contratação de 250 dias para algo em torno de 60 a 90 dias. Porém, a economia de gastos nos contratos firmados no RDC é de apenas 6,5% – muito abaixo do previsto pelo governo federal quando propôs o sistema para, em 2011, que era de 20%.¹⁹

Quando devidamente aplicado, o Regime Diferenciado de Contratação pode alcançar grandes benefícios ao erário administrativo, viabilizando a substituição à antiga Lei Geral de Licitações.

Corroborando para o exposto, o Serviço Federal de Processamento de Dados afirma que o sistema reduz em quase 70% o tempo do processo licitatório.

A solução também permite a inclusão de resultado, empenho, contrato e cronograma das licitações realizadas por esse tipo de processo de contratações públicas. Com o RDC, a média de tempo de finalização dos processos licitatórios caiu de 250 dias para 80, e houve redução de custo de aproximadamente 15% nos valores das licitações.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou a favor do RDC em relação à celeridade, pois esta se faz especialmente necessária em determinados setores econômicos.

[...] A impetrante sustenta, em síntese, que a adoção do mencionado procedimento licitatório simplificado objetiva atender a dinâmica do setor petrolífero, caracterizado por um ambiente de livre competição com outras empresas e regido em função das condições de mercado, em que agilidade é fundamental. Dessa forma, a adoção do sistema de licitação e contratação preconizado na Lei nº 8.666/1993 seria incompatível com tal ambiente e com o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. [...]

Requer, liminarmente, a suspensão da decisão ora impugnada e, no mérito, o reconhecimento da ilegalidade do acórdão que declarou a

inconstitucionalidade dos dispositivos normativos que autorizam a impetrante a submeter-se a regime diferenciado de licitação.

[...]

Sustenta, em síntese, que a adoção do mencionado procedimento licitatório simplificado objetiva atender à dinâmica do setor petrolífero, caracterizado por um ambiente de livre competição com outras empresas e regido em função das condições de mercado, em que agilidade é fundamental.

[...]

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para suspender os efeitos do Acórdão 2.920/2009, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União nos autos da Tomada de Contas Especial TC 014.062/2003-0.²⁰

Extraí-se disso, então, que, além da economia, a celeridade do procedimento é um fator que promete melhorias na execução dos contratos e que, conseqüentemente, traz inúmeros benefícios à Administração Pública.

3.1 O futuro da Lei nº 12.462

Conforme diz Justen Filho, o novo regime licitatório foi previsto para ser aplicado especificamente num certo contexto. No entanto, o esgotamento dessas circunstâncias não eliminará a aplicabilidade do novo regime, o qual tenderá a substituir a disciplina anterior.²¹

Para Orlando Silva, Ministro do Esporte, “o pacote de regras para acelerar a licitação de serviços e obras da Copa de 2014 e da Olimpíada de 2016 deve passar de extraordinário para definitivo, caso a experiência seja bem-sucedida”. O RDC baseia-se em experiências de países da América do Norte e da União Europeia, da Argentina e até em práticas de empresas privadas. Segundo ele, o governo pretende efetivar o RDC, sepultando definitivamente a Lei nº 8.666. Para o ministro, o RDC é parte de uma proposta mais ampla de modernização da Lei Geral de Licitações e de aperfeiçoamento das regras de compras governamentais com mais competitividade e redução de preços.²²

Conforme Justen Filho, a Lei nº 8.666 é um diploma geral que tende a ter um papel futuro bastante assessorio. Segundo o autor, ela foi uma resposta do Congresso e da sociedade brasileira a uma série de desvios que haviam ocorrido no

¹⁸ BARAN, Katna. RDC não garantiu rapidez e economia, dizem estudos. *Gazeta do Povo*, Curitiba (PR), 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/rdc-nao-garantiu-rapidez-e-economia-mostram-estudos-9g1qwisqfx0m9uauqxzf2g09a>>. Acesso em: 6 set. 2015.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28744. Relator: GRACIE, Ellen. Data de Julgamento: 11.11.2010. Data de Publicação: 17.11.2010.

²¹ JUSTEN FILHO, 2013a, p. 16.

²² REVISTA VEJA. RDC veio para ficar, afirma Orlando Silva. *Revista Veja*, São Paulo, 18 jun. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/rdc-veio-para-ficar-afirma-orlando-silva/>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

início dos anos 1990. Depois disso, houve todo um processo histórico, tendo ela se tornado uma lei razoavelmente obsoleta. A Lei nº 8.666 possui alguns princípios que permanecerão em vigor, mas referentes àquela parte funcional, que diz respeito ao modo de fazer as coisas. A expectativa é a de que, se não for a Lei do RDC, outra alterará a 8.666.²³

A grande questão da Lei do RDC é no tocante a obras e serviços de engenharia. Nisso há uma grande inovação. Mas boa parte dos contratos e obras de serviços de engenharia continua sendo licitada pela Lei nº 8.666, o que é ruim porque se tem uma rigidez, uma inflexibilidade, que poderia ser afastada se se fizesse uma licitação regida pela Lei do RDC.²⁴

Segundo Lunelli, parece haver intenções de se manter a Lei do RDC e de se aumentar sua abrangência, visíveis pelas alterações e ampliações que se seguiram à sua introdução.

[c]omo já era de se esperar, também paulatinamente o RDC está sendo ampliado, como foi através da Lei nº 12.688/2012 (que incluiu as obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC – no RDC), da Lei nº 12.745/2012 (que incluiu também no RDC as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde – SUS) e, mais recentemente, da Lei nº 12.722/2012 (que incluiu o §3º no art. 1º da Lei do RDC, para abrir a possibilidade dos sistemas públicos de ensino utilizarem o referido regime).²⁵

Ainda, para Lunelli, esses recentes incrementos à Lei do RDC demonstram a habilidade do governo em fazer valer esse regime para as suas principais fontes de gastos e em impor soluções até então inviáveis com a Lei de Licitações.

Sendo esse regime o mais contemporâneo, deverá ser tratado com cautela para que não permita atos ilícitos no procedimento de contratação do particular pela Administração Pública.

A flexibilização da licitação, com mais opções à disposição da Administração, deve vir acompanhada de maior rigor na fiscalização de cada ato do procedimento: com prévia audiência pública para justificativa da modalidade contratual escolhida, do critério de julgamento, da forma de disputa (aberta ou fechada); com fornecimento de todas as informações disponíveis e demonstração de que o prazo para apresentação de propostas é suficiente; com comissão de licitação integrada por profissionais de reputação ilibada quando adotado critério técnico para julgamento das propostas, que devem preferir votos individuais fundamentados, entre outras

medidas de natureza semelhante, tudo acompanhado muito de perto pelo Tribunal de Contas competente e pelo Ministério Público.

O RDC possui pontos positivos, que de fato podem agilizar as contratações, mas essas vantagens podem se perder no meio dos equívocos nele contidos.²⁶

O RDC, se executado conforme preestabelecido na Lei nº 12.462 e no Regulamento nº 7.581, poderá proporcionar os melhores resultados, tendo em vista os regimes vigentes, obsoletos, retardatários e deficientes.

3.2 O futuro da Lei nº 8.666

Muitos autores veem a Lei Geral de Licitações como obsoleta e fadada à revogação.

§2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.²⁷

Conforme Lunelli, esse parágrafo da Lei do RDC significa a existência de um presságio que anuncia o possível fim da Lei Geral de Licitações. No entanto, para o autor, a transição entre os dois regimes pode acontecer de maneira segura, proporcionando justamente o que o RDC pretende implementar no Brasil: o máximo de eficiência com o máximo de lisura e o mínimo de riscos para a sociedade.

A Lei nº 12.462 insere-se num processo histórico de alteração do modelo normativo das licitações e contratações públicas no Brasil. É preferível a ocorrência de inovações e aperfeiçoamentos nessa disciplina, o que culminará com a revogação da Lei nº 8.666, num futuro próximo ou distante.

O problema mais sério reside na ausência de objetividade na avaliação das virtudes e dos defeitos do novo diploma. Os defensores da nova sistemática tendem a ignorar as suas limitações e valorizar as suas virtudes. Os críticos enxergam defeitos inexistentes e menosprezam as vantagens que as inovações propiciam. Há um grande desafio relacionado com a avaliação desapassionada do novo sistema.²⁸

O procurador do Estado Horácio Augusto vê a Lei Geral de Licitações como quase obsoleta.

²³ NEITSCH; JUSTEN FILHO, 2012.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ LUNELLI, 2013.

²⁶ PORTO NETO, Benedicto. Regime diferenciado de contratação. *Infraestrutura urbana: projetos, custos e construção*, 5. ed., jul. 2011. Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/5/regime-diferenciado-de-contratacao-224672-1.aspx>>. Acesso em: 6 set. 2015.

²⁷ Lei nº 12.462/2011, art. 1º.

²⁸ JUSTEN FILHO, 2013a, p. 22.

Segundo ele, pelos termos do RDC, quem optar pela nova lei não precisará se submeter às normas contidas na lei anterior. Ele destaca ainda que a Lei do RDC não invalida, nem tampouco substitui, a Lei Geral de Licitações. Para o procurador, “[o] RDC traz uma nova dinâmica processual para as licitações realizadas sob o novo regime, buscando maior celeridade nos processos licitatórios e maior eficiência nos resultados dos contratos a serem celebrados. O RDC afasta a aplicação da Lei nº 8.666, salvo nos casos em que o próprio RDC disser expressamente que o sistema da Lei nº 8.666 se aplica”.²⁹

Athias não defende o RDC como “o antídoto para todos os males que assolam as contratações públicas”, mas reconhece que “[...] há tempos o Poder Executivo vem sinalizando que este seria o novo regime, contando, inclusive, com afirmações expressas neste sentido da presidente. Por bem ou por mal, parece que o RDC veio para ficar”.³⁰ Para o autor, é possível que, num futuro próximo, as duas normas coexistam, mesmo que regulem a mesma matéria, que sejam direcionadas ao mesmo sujeito (isto é, à Administração Pública) e que sejam aplicáveis na mesma situação.

No entanto, nem tudo são semelhanças. “O problema com isso é que, apesar das semelhanças, suas divergências são inúmeras: a racionalidade de uma é instituir maior rigidez nas contratações públicas enquanto na outra se introduz maior flexibilidade e discricionariedade; em ambas a ordem do certame é distinta”.³¹ Para o autor, essa coexistência poderá apresentar problemas.

Esta convivência, num sistema dinâmico de normas, poderá ser no mínimo problemática, vez que em tese ter-se-ão duas medidas para um peso; ou seja, duas normas cuja aplicação será determinada ao bel-prazer da Administração. É preciso, portanto, que seja reconhecido e abordado o verdadeiro destino da Lei de Licitações; e isto passa diretamente pela manutenção da consistência do sistema, vez que é preciso extirpar as antinomias, ou seja, a presença ‘simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente’.³²

Para Otacílio Peron, a Lei nº 8.666 poderá ter seus dias contados, por engessar demais a Administração Pública. Segundo o autor, é por isso que, no RDC, a Administração Pública não poderá

utilizar-se, nem de forma subsidiária, daquela lei, a não ser nos casos expressamente previstos na nova lei.³³

Para Peron, a Lei do RDC é mais desburocratizada e muito mais ágil, impondo freios para impedir escândalos, enquanto que a Lei nº 8.666 já está fora do tempo e dá margem a corrupção, provocando diariamente escândalos e mais escândalos. Segundo ele, é importante aguardar para revogar a Lei nº 8.666 definitivamente, de modo que haja tempo para analisar os efeitos da nova lei e corrigir as eventuais falhas que forem surgindo na sua aplicação.³⁴

De acordo com o Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler, o RDC é uma mudança no processo licitatório que precisa ser adotada pela Administração Pública brasileira em todas as áreas. Para ele, a modernização das licitações também passa pela adoção de Parcerias Público-Privadas e por medidas que desburocratizem esses processos.

Vejo o RDC como uma evolução em termos de regime de contratação. Ele não tem nada de mais, é a incorporação de práticas que foram bem sucedidas em outros países e no Brasil. Muita coisa era aplicada no âmbito da Lei 8.666/93, mas não era explicitada. Praticava-se contrato de eficiência e remuneração variável nas entrelinhas. O RDC explicitou aquilo que já vinha sendo utilizado com sucesso. Não inventou a roda. Tanto que o resultado prático já pode ser inferido no DNIT e na Infraero, que foram os balões de ensaio no governo federal. As contratações são muito mais rápidas e por preços mais vantajosos. Há garantia de que a vantagem da proposta vencedora vai ser mantida durante toda a execução do contrato. É uma questão de tempo para que o RDC se torne um regime aplicável a toda e qualquer licitação no Brasil.³⁵

Segundo Benjamin Zymler, o RDC revelou ser mais que um regime inovador: ele promoveu a consagração e a melhoria de muitos institutos preexistentes nos regimes vigentes, culminando em contratações mais eficientes, céleres e economicamente vantajosas para a Administração Pública, cumprindo os objetivos a que veio a ser criado.

³³ *Ibid.*

³⁴ PERON, Otacílio. O RDC poderá substituir a lei 8.666. *Olhar direto*, 26 set. 2012. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/artigos/exibir.asp?artigo=0_RDC_podera_substituir_a_lei_8666&id=5167>. Acesso em: 29 ago. 2015.

³⁵ ZYMLER, Benjamin; FERRACIOLI, Paulo. O RDC explicitou aquilo que já vinha sendo utilizado com sucesso. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-rdc-explicitou-aquilo-que-ja-vinha-sendo-utilizado-com-sucesso-egdo0ou4f5qhsqgtzyu15krwu>>. Acesso em: 6 set. 2015.

²⁹ GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Procuradoria-Geral. Estado aplica nova lei federal em grandes projetos. *Notícias Procuradoria-Geral do Espírito Santo*, 24 out. 2012. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/website/site/Noticia.aspx?id=370>>. Acesso em: 6 set. 2015.

³⁰ ATHIAS, 2013.

³¹ ATHIAS, 2013.

³² *Ibid.*

4 Conclusão

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas revelou-se uma solução jurídica que transfere os riscos e encargos ao particular contratado, objetivando encerrar o mais rapidamente possível as fases interna e externa da licitação. No entanto, essa celeridade tem o ônus do aumento de custos para a execução. Além das quase duas décadas de vigência da Lei de Licitações, o RDC toma como inspiração todo o arcabouço jurídico que sustenta práticas adotadas pelos Estados Unidos, pela União Europeia e por instituições como o Banco Mundial, bem como pela iniciativa privada.

Inicialmente prevista apenas para cobrir as obras de infraestrutura da realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) de 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, o Regime Diferenciado de Contratações logo se expandiu para abranger também as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (Lei nº 12.688), as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (Lei nº 12.722), as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (Lei nº 12.745), da dragagem portuária e hidroviária (Lei nº 12.815), dos armazéns da Companhia Nacional de Abastecimento (Lei nº 12.873) e dos estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (Lei nº 12.980). Assim, o RDC tem potencial para ser o método de escolha preferido não apenas para garantir a infraestrutura de eventos esportivos de grande porte, mas também para gerir os investimentos em duas importantíssimas áreas para o desenvolvimento do país: saúde e educação; além de oferecer vantagens também às contratações referentes ao transporte, ao abastecimento e à segurança pública. Por esse motivo, muitos doutrinadores acreditam que o RDC pode se estabelecer em caráter definitivo; outros ainda sugerem que esse regime poderá substituir por completo a Lei nº 8.666 ou Lei Geral de Licitações.

Isso porque muitos aspectos dessa lei, bem como de outras que regem diferentes modalidades de contratos administrativos, estão previstos no novo regime: o RDC incorporou, por exemplo, a remuneração variável, o sistema referencial de preços, a contratação integrada, a inversão de ordem de fases da Lei nº 10.520, a adoção da forma eletrônica preferencialmente à forma presencial e o uso do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores.

No entanto, o Regime Diferenciado de Contratações também trouxe algumas inovações. Com ele, inauguraram-se o orçamento sigiloso, a contratação

simultânea, a pré-qualificação permanente, a fase recursal única, bem como os lances intermediários e a reabertura da disputa. De forma geral, essas inovações atuam em favor da celeridade dos processos licitatórios.

Apesar das vantagens e inovações que o RDC proporciona para a Administração Pública, esse regime não deixou de ser recebido com controvérsias, haja vista que tramitam hoje no Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de inconstitucionalidade contra o Regime Diferenciado de Contratações.

Diante do exposto, é da opinião dos autores do presente trabalho que o estabelecimento definitivo do RDC, que ainda está em fase de experimentação, depende diretamente de ajustes, visto que, da forma como ele está redigido, além de haver abertura para questionamentos bastante fundamentados, há também diversas lacunas que implicam, quando proposto na lei, a necessidade de apelo subsidiário à Lei nº 8.666.

Em outras palavras, estima-se que o RDC possa indicar tendências que, se ainda não são majoritárias, podem vir a tornar-se preferenciais e até mesmo compulsórias para as licitações e contratações públicas no Brasil.

Legislative and jurisprudential trends of bidding in Brazil

Abstract: The present work proposes an analysis of the legislative and jurisprudential trends of the bidding in Brazil through the "Regime Diferenciado de Contratações Públicas" – RDC (the so called Differential Scheme of Hiring). The RDC comes as a quicker route, efficient and economical procurement to ensure the execution of large works and the hiring of services needed to achieve the 2013 FIFA Confederations Cup, the 2014 World Cup and 2016 Olympic and Paralympic Games, large sporting events hosted by Brazil. The RDC is based on aspects of previous laws, but also brought with it several innovations, some of them contested by Direct Actions of Unconstitutionality. Initially this mode would be used only in cases of exception, but that is a trend the expansion to other cases of public contracts and it is estimated that the RDC for employment may become the main way of bidding and procurement in Brazil.

Keywords: Bidding. RDC. Normative trend. Jurisprudential trend.

Referências

ATHIAS, Daniel Tobias. Institutional bypass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

BARAN, Katna. RDC não garantiu rapidez e economia, dizem estudos. *Gazeta do Povo*, Curitiba (PR), 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/rdc-nao-garantiu-rapidez-e-economia-mostram-estudos-9g1qwlsqfx0m9uauqxzf2g09a>>. Acesso em: 6 set. 2015.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. *Comentários ao RDC*: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013a.

CONJUR; PEREZ, Marco Augusto. Depois de 20 anos, Lei de Licitações está seguramente ultrapassada. *Revista Consultor Jurídico*, 22 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/entrevista-marcos-perez-advogado-professor-direito>>. Acesso em: 6 set. 2015.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Procuradoria-Geral. Estado aplica nova lei federal em grandes projetos. *Notícias Procuradoria-Geral do Espírito Santo*, 24 out. 2012. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/website/site/Noticia.aspx?id=370>>. Acesso em: 6 set. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014). Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas após o resultado do julgamento no Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 55, set. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Marcaln.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2015.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. RDC: Uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93. *Jornal Carta Forense*, São Paulo (SP), out. 2012. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

LUNELLI, Rômulo Gabriel M. Lei do RDC: a nova lei de licitações. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3510, 9 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23697>>. Acesso em: 6 set. 2015.

NEITSCH, Joana; JUSTENFILHO, Marçal. Um advogado cosmopolita. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 29 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/um-advogado-cosmopolita-1mf84v6wkuelwmwtslw1x4n66>>. Acesso em: 6 set. 2015.

PERON, Otacílio. O RDC poderá substituir a Lei 8.666. *Olhar direto*, 26 set. 2012. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/artigos/exibir.asp?artigo=O_RDC_podera_substituir_a_lei_8666&id=5167>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. Portal de Governo Eletrônico do Brasil. Regime Diferenciado de Contratações – RDC. 2013. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/compras-governamentais/regime-diferenciado-de-contratacoes-2013-rdc>>. Acesso em: 16 set. 2015.

PORTO, Ricardo da Silveira. *A pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações do RDC (Lei 12.462/2011)*. 2014. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Resumo-Pr%C3%A9-Qualifica%C3%A7%C3%A3o-RDC.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2015.

REVISTA VEJA. RDC veio para ficar, afirma Orlando Silva. *Revista Veja*, São Paulo (SP), 18 jun. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/rdc-veio-para-ficar-afirma-orlando-silva/>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. O regime diferenciado de contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 11, n. 125, maio 2012.

ZYMLER, Benjamin; FERRACIOLI, Paulo. O RDC explicitou aquilo que já vinha sendo utilizado com sucesso. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/ordc-explicitou-aquilo-que-ja-vinha-sendo-utilizado-com-sucesso-egdo0ou4f5qhshtizyu15krwu>>. Acesso em: 6 set. 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Pamela Danelon Justen de; REIS, Luciano Elias. Tendências legislativas e jurisprudenciais da licitação no Brasil. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 50-58, jun. 2016.
