

O regime diferenciado de contratação e a Lei nº 12.462/2011

THE DIFFERENTIAL PROCUREMENT REGIME AND THE LAW Nº 12.462/2011

Cintia Barudi Morano *

Resumo: Trata-se neste artigo de uma análise das inovações trazidas pela Lei nº 12.462/11 que institui o Regime Diferenciado de Contratação destinado às obras referentes à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, bem como à Copa das Confederações em 2013 e obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições citadas, bem como de demonstrar as principais discussões de inconstitucionalidade material e formal que giram em torno da nova legislação.

Palavras-chave: Lei nº 12.462/2011. Regime Diferenciado de Contratação. Inconstitucionalidades. Inovações.

Abstract: This article is an analysis of the innovations introduced by Law No. 12.462/11 establishing a scheme for Differential Recruitment of the works relating to the World Cup of 2014 and Olympics and Paralympics of 2016, as well as the Confederations Cup in 2013 and infrastructure works for the Capitals of States airports located up to 350 km (three hundred and fifty kilometers) of the host cities of the aforementioned competitions, as well as to demonstrate the main discussions and formal unconstitutionality of which revolve around the new legislation.

Keywords: Law nº 12.462/2011. Differential Procurement Regime. Unconstitutional. Innovations.

* Professora de Direito Administrativo das FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada graduada pelas FMU. Especialista em Direito Constitucional pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional e mestre pela UNIMES – Universidade Metropolitana de Santos. E-mail: c.barudi@uol.com.br

INTRODUÇÃO

Em 05 de agosto de 2011 foi editada a Lei nº 12.462, fruto da conversão da Medida Provisória nº 527 que, dentre outras coisas, instituiu o **Regime diferenciado de contratação (RDC)**, concedendo à União, aos Estados e aos Municípios a possibilidade de usarem um regime diferenciado para licitar e contratar as obras referentes à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, bem como à Copa das Confederações em 2013 e obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições citadas.

É uma legislação específica para as licitações e contratações relacionadas com os objetos acima elencados. Conforme o artigo 39 da Lei nº 12.462/11, as disposições da Lei nº 8.666/93 aplicam-se aos contratos regidos pelo RDC, naquilo que não contrariar as novas disposições legais.

Importante também destacar que a Lei nº 12.462/11 possui uma variedade de normas bastante detalhadas, algumas exigindo conhecimentos técnicos especializados, tendo sido regulamentada pelo decreto 7.581/2011, que instituiu o Regulamento do RDC, apresentando disposições ainda mais minuciosas. O presente artigo não tem por finalidade esgotar a análise dispositiva da Lei nº 12.462/11, nem detalhar norma por norma da nova legislação, mas apenas apreciar suas principais inovações legislativas e discussões jurídicas a respeito de sua constitucionalidade.

Conforme artigo 1º, parágrafo 1º, inciso I da Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratação tem por objetivo “ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes”, sendo certo que o mesmo artigo 1º, parágrafo 2º estabelece que “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”.

Cumprido esclarecer também que o artigo 3º da Lei nº 12.462/11 praticamente repete o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 ao dispor a respeito dos princípios aplicáveis ao RDC, introduzindo apenas mais dois princípios norteadores da atividade administrativa que não constam textualmente da Lei Geral das Licitações, quais sejam, princípio da eficiência e da economicidade.

Ocorre que a despeito desta nova realidade legislativa existem em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de Inconstitucionalidade, questionando sob os aspectos material e formal certos dispositivos da Lei nº 12.462/11, quais sejam, a de nº 4645 promovida pelos partidos políticos (PSDB, DEM e PPS) e a de nº 4655 proposta pelo Procurador Geral da República, cujos principais fundamentos serão abordados e discutidos neste artigo.

1 AS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIALE FORMAL

Na Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-geral da República, Roberto Gurgel apresenta “dois argumentos ao pedir a concessão de liminar para suspender a eficácia da norma até o julgamento definitivo da ação. Segundo ele, se as licitações e contratações das obras forem realizadas na forma regulada pela lei, ‘haverá comprometimento ao patrimônio público’.

O procurador-geral acrescenta que há ‘necessidade de se garantir aos gestores segurança para que deem início, de fato, às licitações e consequentes obras, serviços e atividades voltadas à Copa do Mundo Fifa 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016’. A ADI do procurador-geral foi distribuída por prevenção para o ministro Luiz Fux porque ele recebeu a primeira ação ajuizada no Supremo contra o RDC, de autoria do PSDB, DEM e PPS” (Supremo Tribunal Federal – STF, 2011).

Outro ponto discutido pelo Procurador-geral é a adoção preferencial dada pela Lei nº 12.462/11 ao regime de contratação integrada e de empreitada integral para as obras e serviços, concentrando em um único contratante a elaboração do projeto e a execução das obras, ferindo assim a finalidade competitiva essencial de qualquer licitação.

Guilherme Jardim Jurksaitis (2011), em artigo publicado sobre o tema - Em defesa do Regime diferenciado de contratações, aduz que tais críticas não procedem. Alerta o autor para a necessidade de se inovar em termos licitatórios e que a Lei nº 12.462/11 pode representar uma evolução importante em termos de procedimento licitatório.

Em defesa de tal regime, o mesmo autor explana que:

“A Lei Federal n.º 12.462, de 5 de agosto de 2011, criou um novo sistema de contratações públicas voltado à realização dos eventos esportivos dos próximos anos. Denominado pela própria lei de regime diferenciado de contratação – RDC, este pode ser o início de uma revolução no campo das licitações. Em pouco tempo de vida, e sem que houvesse aplicação efetiva, o RDC já foi alvo de intensas críticas e de duas ações de inconstitucionalidade (Adin n.º 4645/DF e Adin n.º 4655/DF, Relator Min. Luiz Fux). Não se quer aqui discutir todas as críticas e possíveis inconstitucionalidades apontadas por essas ações. O que se pretende é apenas jogar alguma luz sobre o novo sistema. É que muito do que se tem dito sobre o RDC é fruto de puro preconceito. Em grande parte, decorrente da crença equivocada de que a licitação da Lei 8.666/93 é a única possível. E mais, de que ela é, de fato, um instrumento eficaz no combate à corrupção. Passados 18 anos de sua edição, a Lei 8.666/93 é hoje um entrave para a administração pública realizar bons negócios, sem garantia alguma de que os processos regidos por ela estejam imunes a ilegalidades”.

Outro ponto de questionamento deste regime diferenciado introduzido pela legislação diz respeito à questão de um suposto orçamento secreto, por força do disposto no artigo 6º da lei 12.462/11, segundo o qual “observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estipulado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

Desta forma, por conta do “caput” deste art. 6º da lei, o orçamento da contratação somente seria divulgado após o encerramento da licitação.

É importante também observar o disposto no §3º, do próprio artigo 6º citado, segundo o qual “se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.

Para aqueles que defendem a constitucionalidade deste dispositivo, o fundamento justificável do sigilo está no artigo 5º, inciso XXXIII da CF, que, excepcionando a publicidade dos atos administrativos, preconiza que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 28), em sua obra, destaca a respeito da excepcionalidade do princípio da publicidade:

“Sem embargo da circunstância de que a publicidade dos atos constitui a regra, o sistema jurídico- repita-se- institui algumas exceções, tendo em vista a excepcionalidade da situação e os riscos que eventual divulgação poderia acarretar. O próprio art. 5º, XXXIII, da CF, resguarda o sigilo de informações quando se revela indispensável à segurança da sociedade e do Estado.”

Mais a mais, vale ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988 estabelece algumas restrições ao princípio da publicidade, ainda mais quando a divulgação de uma informação puder colocar em risco a imprescindibilidade da segurança do Estado ou da sociedade.

Nesse mesmo sentido, Wallace Paiva Martins Junior (2012, p. 250), em obra específica a respeito dos princípios da Administração Pública, com bastante propriedade ensina a respeito que:

“Na noção de imprescindibilidade da segurança do Estado ou da sociedade e de exigência do interesse social costuma-se aninhar, no direito comparado, situações que podem servir como parâmetro para o direito brasileiro na falta de regras mais claras (segurança nacional, planos econômicos, investigações etc.). O sigilo só se impõe quando tenha utilidade para evitar a ineficiência, pois parece óbvio que a divulgação antecipada de um plano militar ou econômico teria nocivos efeitos”.

Assim, para aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo, o suposto sigilo do orçamento seria viável em contratações de altíssimo vulto, como é o caso destas realizadas para os eventos esportivos, a fim de evitar que a publicação da prévia orçamentária da Administração Pública sirva de parâmetro de oferta de preço do próprio licitante, o que aumentaria ainda mais os valores destes contratos, podendo comprometer o princípio constitucional da eficiência visado por tais contratações.

Além disso, há de se destacar que a publicidade far-se-á sempre presente pela Lei nº 12.462/11, porém em tempo oportuno, após o encerramento da licitação, sendo certo que, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei, os órgãos de controle terão irrestrito acesso a tais informações.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 443), seguindo este entendimento, destaca que:

“A medida – não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento de licitação – parece útil, sendo conveniente que se estenda a todas as modalidades de licitação, porque a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos para a escolha da melhor proposta”.

Outra questão discutida diz respeito à publicidade referente ao edital, cujo artigo 15 da Lei nº 12.462/11 assim dispõe:

Art. 15 - “Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

§ 1º - A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I – publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II – divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º - No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo”.

Conforme regra constitucional de publicidade aplicável à Administração Pública, prevista no artigo 37, “caput”, da CF, é sabido que o edital, instrumento convocatório da Licitação, deverá ser devidamente publicado em diário oficial. E, nos termos do citado artigo 15 da Lei 12.462/

2011, esta publicação será realizada na imprensa oficial e em sítio oficial eletrônico.

Ocorre que, o parágrafo 2º do citado artigo 15, permite que, sendo a contratação de valor inferior a R\$ 150.000,00 para obras e R\$ 80.000,00 para bens e serviços, poderá haver dispensa de publicação de edital em diário oficial, mantendo-se apenas a sua publicação em site eletrônico.

Novamente a doutrina diverge neste ponto da legislação. Há quem defenda a inconstitucionalidade da dispensa de publicação do edital na imprensa oficial, sob o argumento de que não há sentido afastar o meio mais usual e tradicional de divulgação dos atos administrativos, utilizado no Brasil desde 1808 e criado por Dom João VI, que se refere à publicação no diário oficial. Outro argumento contrário a este dispositivo é a falta de inclusão digital no país que ainda precisa ser concluída em algumas regiões carentes de recursos de toda sorte, inclusive tecnológicos.

Por outro lado, para aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo, não foi violada qualquer regra de publicidade, até porque os valores referidos no texto legal do art. 15 que dispensam a publicidade na imprensa oficial equivalem aos valores previstos na Lei nº 8.666/93, em seu artigo 23, e que configuram a licitação na modalidade convite que, como é de conhecimento, não depende de publicação de edital, mas de mera afixação do instrumento convocatório em local físico apropriado.

Dessa forma, se a própria Lei nº 8.666/93 dispensa a publicidade de edital para a modalidade convite, que envolve valores de pequena monta, porque que a Lei nº 12.462/2011 não poderia dispensar a publicação de edital na imprensa oficial, mantendo-se apenas a publicação em site oficial? Talvez este último posicionamento seja mais razoável.

Além de algumas inconstitucionalidades materiais que foram acima abordadas, suspeita-se também que a Lei nº 12.462/11 está marcada por uma inconstitucionalidade formal. Conforme já dito, a Lei nº 12.462/11 surgiu de uma medida provisória nº 527 cuja matéria de fundo consistia em reestruturar o sistema nacional da aviação civil.

O RDC – regime diferenciado de contratação não foi objeto original de matéria da citada medida provisória, tendo sido apenas introduzido ao texto após o prazo para apresentação de emendas pelos parlamentares.

Assim, conforme notícias do Supremo Tribunal Federal o “procurador-geral informa que a norma questionada resultou da conversão em lei da

Medida Provisória 527/11, editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. No curso da tramitação da MP na Câmara, o deputado José Guimarães (PT-CE) incluiu os dispositivos sobre o regime diferenciado de contratação. Gurgel afirma que a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória viola o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes, já que as MPs são de iniciativa exclusiva do presidente da República” (Supremo Tribunal Federal – STF, 2011).

O argumento mais relevante apontando para o sentido da inconstitucionalidade formal da nova legislação está no §4º do artigo 4º da Resolução nº1 de 2002 do Congresso Nacional segundo o qual “é vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”.

Esta restrição imposta à aprovação de emendas às medidas provisórias refere-se a chamada pertinência temática, impedindo que a matéria trazida por emendas não se coadune com a matéria originalmente apresentada na MP, a fim de evitar que ela seja utilizada como instrumento de aprovação de matérias outras, diferentes daquelas tratadas inicialmente, evitando-se desvios de finalidade do instrumento normativo em questão.

Enfim, essas questões aqui suscitadas até a presente data ainda não foram decididas definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, seja sob o aspecto da inconstitucionalidade material, seja sob o formal, cabendo-nos por ora refletir sobre elas e aguardar o posicionamento da Corte sobre as alegadas inconstitucionalidades, torcendo para que qualquer decisão que seja tomada pela Corte não comprometa o novo modelo proposto e as contratações em questão.

2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.462/11

Passa-se então a analisar as principais inovações trazidas pela Lei nº 12.462/11, de modo que o regime diferenciado de contratação diferencia-se da Lei nº 8.666/93 pelos seguintes fatores:

- **contratação integrada.** A Lei nº 12.462/11 permite que uma só empresa seja contratada para a elaboração do projeto básico da obra e da sua execução, sendo que pela Lei nº 8.666/93 o projeto básico deve ser

feito por uma e a execução da obra por outra empresa, de maneira que pelo artigo 8º, §5º da Lei nº 12.462/11 tais obras e serviços pela contratação integrada ainda serão contratados sem projeto básico aprovado pela autoridade competente.

A respeito da contratação integrada ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 659) que:

“Cabe enfatizar que na contratação integrada é o próprio contratado quem elabora o projeto executivo e também o projeto básico. O edital respectivo tão somente ‘deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço’ (sendo vedada a participação direta ou indireta, na correspondente licitação, da pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto de engenharia).

O ponto aduzido no parágrafo precedente é muito importante. Com efeito, em todas as demais contratações de obras e serviços pelo RDC, a Lei 12.462/2011 exige que haja projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório (art. 8º, §5º).

Mas ainda, no seu artigo 36, a lei proíbe que participem, direta ou indiretamente, das licitações por ela regidas as pessoas físicas e jurídicas que hajam elaborado ou que tenham relação com os elaboradores do projeto básico ou executivo correspondente. Logo em seguida, excetua dessa proibição regime de contratação integrada (art. 36, §1º)”.

Guilherme Jardim Jurksaitis (2011), novamente em defesa da nova legislação, comenta a respeito da contratação integrada e de suas regras. Alerta para a fragilidade de argumentação em desfavor dessa modalidade contratual em comparação com o regime já existente na Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, dispõe que:

“Seguindo a lógica de maximização da eficiência, o RDC criou a contratação integrada, que serve para os serviços e obras de engenharia. Através dela, administração poderá contratar, de uma só vez, tudo o que for necessário para a entrega final do objeto, inclusive a elaboração do projeto básico e executivo (art. 9º, § 1º). A grande crítica a essa nova modalidade contratual é a ausência de projeto básico na licitação que a

antecede. O argumento é o de que a falta do projeto básico inviabilizaria um julgamento objetivo das propostas e impossibilitaria a fiscalização dos trabalhos, uma vez celebrado o contrato. A crítica merece reparos. Primeiro, porque desconsidera que o edital para a contratação integrada deve conter um anteprojeto de engenharia, no qual estarão presentes as principais características do objeto que deverá ser entregue pelo contratado (art. 9.º, § 2.º, I). Segundo, porque desconhece que a admissão de metodologias diferenciadas de execução no anteprojeto deve vir acompanhada de critérios objetivos, previstos no edital, para avaliação e julgamento das propostas (art. 9.º, § 3.º). Outra fraqueza da crítica, essa mais grave, ignora o fato de que, atualmente, sob o regime da Lei 8.666/93, entre os grandes problemas que a administração enfrenta estão os aditamentos em contratos que tiveram seu projeto totalmente modificado já durante sua execução. Em geral, o problema é que o projeto básico feito para a licitação é ruim ou irrealista. De que adianta um projeto básico que é completamente modificado uma vez vencida a licitação? E pior, com custos para a administração? Assim, vale a pena apostar em outras soluções para melhorar o sistema. Uma delas é a contratação integrada. O RDC proíbe a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, que é muito mais detalhado e preciso do que o projeto básico (art. 8.º, § 7º)”.

Assim, talvez possa ser a contratação integrada uma nova modalidade contratual capaz de melhorar a eficiência das contratações administrativas, desburocratizar o procedimento e contribuir para o alcance do melhor custo benefício. Por ela, resumem-se as fases licitatórias em uma só, sendo sempre atrelada a um anteprojeto de engenharia.

- **multiadjucação.** A possibilidade concedida pela Lei nº 12.462/11 de ser contratada mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço, exceto no que tange aos serviços de engenharia, nos termos do artigo 11 e §2º da legislação.

Novamente visando a maximização da eficiência, a nova legislação prevê a possibilidade de parcelamento do objeto contratual que, segundo Diógenes Gasparini (2012, p. 764):

“O dever de *parcelamento do objeto*, já existente na Lei n. 8.666/93 e repisado no art. 4º, VI, da Lei n. 12.462/2011, é reforçado pelo art. 11 deste último diploma, de acordo com o qual a Administração poderá contratar

mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço – que não seja de engenharia - desde que não implique perda de economia de escala, quando: a) o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou b) a múltipla execução for conveniente para atender à Administração Pública. Por outro lado, a participação de licitantes reunidos sob a forma de *consórcio*, facultativa no regime da Lei n. 8.666/93, é expressamente admitida pela Lei n. 12.462/2011, em termos a serem definidos em regulamento”.

- **inversão das fases da licitação.** Nos termos do artigo 12 da Lei nº 12.462/11, a fase de habilitação ocorrerá após o julgamento das propostas, a exemplo do que ocorre no procedimento do Pregão. E de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo 12, a fase da habilitação poderá anteceder a fase de apresentação de propostas e de seu julgamento, desde que por ato motivado da autoridade competente e expressamente previsto no instrumento convocatório.

Cuida-se, assim, de preocupação da nova legislação em manter a agilidade do procedimento licitatório já bastante conhecida por força da inversão de fases instituída pela Lei nº 10.520/2002, que concebida pela licitação modalidade Pregão, referente a aquisição de bens e serviços comuns.

- **preferência do uso do RDC eletrônico.** O artigo 13 da Lei nº 12.462/11 determina que “as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial”. Eis aí novamente a herança herdada pela Lei do Pregão.

- **previsão de dois modos diferentes de disputa das propostas.** Na fase da apresentação de propostas ou de lances, a legislação cria dois modos de disputa, com a possibilidade de serem combinados entre si, nos termos do artigo 16 da Lei nº 12.462/11: modo de disputa aberto e fechado. No modo de disputa aberto “os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferenças de valores entre os lances (art. 18, parágrafo único, do regulamento)”.

No modo de disputa fechado, “as propostas serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas, sendo semelhante, portanto, ao sistema da Lei nº 8.666/93. Se a licitação for presencial, as propostas deverão ser apresentadas em envelopes lacrados, abertos em sessão pública

e ordenadas conforme critério de vantajosidade (art. 22 do Regulamento)” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2012, p. 448 e 449).

- **fase única de recurso.** Pela Lei nº 12.462/11 haverá uma única fase recursal após a habilitação do vencedor. Os licitantes poderão recorrer após a habilitação, sendo que a intenção de recorrer deverá ser manifestada no ato, sob pena de preclusão, e o prazo recursal é de 05 dias úteis, concedendo-se igual prazo para as contrarrazões.

A respeito desta fase recursal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.464) novamente esclarece:

“Além disso, a Lei inova ao exigir que os licitantes manifestem imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão, quando desejarem recorrer do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados, do ato de habilitação ou inabilitação de licitante e do julgamento das propostas. Também garante expressamente o direito de apresentação de contrarrazões, no mesmo prazo de interposição do recurso, começando a correr imediatamente após o encerramento do prazo recursal. Na realidade, o prazo para contrarrazões deveria começar a correr a partir de quando os licitantes são intimados da interposição do recurso, pois não há como recorrer sem conhecer previamente as razões do recurso.”

A ideia da Lei nº 12.462/11 é diminuir as fases recursais e aumentar a rapidez do procedimento licitatório, impondo-se aos recorrentes o dever de manifestar sua intenção de recorrer no ato, sob pena de preclusão, novamente em sintonia com o procedimento do pregão.

- **sistema de pré-qualificação permanente.** Previsto no artigo 29 da Lei nº 12.462/11, constitui-se em um procedimento auxiliar e anterior ao procedimento licitatório cuja finalidade é identificar fornecedores e bens que reúnam condições de habilitação em geral para futuras licitações (pela Lei nº 8.666/93, a pré-qualificação é feita apenas para qualificação técnica dos interessados, ao passo que pela nova legislação é para a habilitação em geral deles). É permanente porque apesar de possuir prazo de validade de 01 (um) ano, com a possibilidade dos fornecedores atualizarem sua qualificação a qualquer tempo, permite que eventuais interessados se inscrevam neste procedimento permanente e aberto a novos fornecedores.

Feita a pré-qualificação e superada a fase recursal (cabe recurso no prazo de 05 dias úteis contado da data da intimação ou da lavratura da ata do ato que defira ou indefira o pedido de pré-qualificação), a Administração ainda poderá realizar abertura de licitação restrita aos pré-qualificados, nos termos do artigo 30, §2º da legislação.

- **juízo pelo maior retorno econômico.** Trata-se de novo critério de julgamento das propostas utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, que conforme artigo 23, §3º da Lei nº 12.462/11 é aquele que terá por objeto a prestação de serviços, incluindo a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base no percentual da economia gerada. Nele, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcione maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

“Não é muito fácil entender como se concretizará a apresentação das propostas para esse tipo de julgamento. Tanto a elaboração do instrumento convocatório como a apresentação das propostas e seu julgamento exigirão conhecimentos técnicos altamente especializados. Isto porque o Regulamento exige que o instrumento preveja parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado (art. 36, §3º)”. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2012, p. 452).

Sobre a dificuldade de se estabelecer com precisão os critérios de julgamento pelo maior retorno econômico, Diógenes Gasparini (2012, p. 766) também se manifesta:

“e) o julgamento pelo critério *maior retorno econômico* será utilizado exclusivamente para a celebração de ‘contratos de eficiência’, assim entendidos os que tenham por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia à Administração, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23). A previsão legal é confusa, pois é difícil imaginar a redução de uma despesa corrente (compreendidas despesas de custeio e transferências correntes, de acordo com a Lei n. 4.320/54), por meio de

contrato de prestação de serviços conjugado com a realização de obras. O dispositivo aparentemente incentiva a terceirização de serviços e a substituição de mão de obra por parte da Administração Pública, mas antevê-se dificuldade na identificação objetiva do parâmetro para verificar a ‘economia’ da Administração. De qualquer maneira, a aplicabilidade do dispositivo encontra-se sujeita à edição de regulamento (art. 23, §3º)”.

Apesar da dificuldade de se encontrar critérios predefinidos para a situação acima, é inegável reconhecer que o julgamento pelo maior retorno econômico fomenta a eficiência das contratações, trazendo, de um lado, economia para a Administração Pública, e, de outro lado, remunerando o contratado conforme as metas estabelecidas sejam efetivamente atingidas.

3 CONCLUSÃO

Trata-se, assim, de legislação de vigência temporária, cujo objetivo principal é ampliar a eficiência nas contratações relacionadas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, bem como à Copa das Confederações em 2013 e obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições citadas.

Com inovações como a contratação integrada, a inversão das fases do procedimento licitatório, fase única de recurso, julgamento pelo maior retorno econômico e outras, a legislação em apreço surge em meio a tumultuado processo legislativo de conversão de medida provisória para acelerar as obras ligadas aos eventos esportivos que ficariam seriamente comprometidas caso fossem seguidas as lentas regras já conhecidas da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 12.462/11 mal entra em vigor e dela são propostas algumas discussões de inconstitucionalidade material e formal, mormente pela instituição da contratação integrada e do suposto sigilo do orçamento.

A despeito de defensores da dita inconstitucionalidade, o objetivo da nova legislação é melhorar o atual sistema licitatório vigente, que está longe de ser um modelo perfeito, concedendo à Administração novos critérios para a busca de solução de melhor custo benefício, sem abrir mão do imprescindível controle dos órgãos competentes e mesmo do cidadão que,

em tempo oportuno, terá acesso ao orçamento estimado, com possibilidade até de impugná-lo.

A nova legislação ainda teve o mérito de prestigiar a sustentabilidade ambiental em diversos dispositivos, fomentar o quanto possível a competição, por meio de técnicas de sigilo de orçamento, a fim de alcançar o preço mais próximo possível do valor de mercado e atingir de forma efetiva o princípio da eficiência nas contratações públicas. A contratação integrada, tão questionada e atacada, certamente consiste em técnica de encurtamento de fases, agilidade no procedimento e desburocratização da licitação, tudo isso aliada a inversão de fases licitatórias, herança herdada da Lei do Pregão.

Não se pretende neste artigo defender ou atacar a Lei nº 12.462/11, mas, ao contrário, através dela e por meio das discussões aqui lançadas, demonstrar as inovações desta legislação em relação ao regime adotado pela Lei Geral das Licitações – Lei nº 8.666/93, bem como despertar para os problemas enfrentados em qualquer procedimento licitatório, esperando que o novo sistema possa, quem sabe, trazer benefícios para os demais em vigor, incentivando a eficiência, agilidade, desburocratização de busca do melhor custo benefício, concretizando-se, assim, o tão sonhado princípio da eficiência dos serviços administrativos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed., rev. e atual. até a lei nº 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NARRARA, Thiago (organizador). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa..pdf, acesso em 22/02/2012.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758>, acesso em 21/02/2012.

Recebido em: 18/07/2012

Aprovado para publicação em: 16/04/2013

Como citar: MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei nº12.462/2011. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.8, n.1, p.67-82, jan./abr.2013. DOI: 10.5433/1980-511X.2013v8n1p67.