

EVOLUÇÃO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL E APLICABILIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

*Elói Martins Senhoras**

*Ariane Raquel Almeida de Souza Cruz**

O instituto jurídico da licitação é um gênero próprio da Teoria Geral do Direito que se materializa em espécies, tanto, no campo do Direito Privado, caracterizando-se como um procedimento opcional suscetível à vontade do *dominus* para eventual escolha ou dispensa, quanto no campo do Direito Público, identificando-se como um procedimento obrigatório precedente à celebração de contratos, exceto em determinados casos previstos em lei.

A licitação pública é um procedimento que surgiu na Administração Pública Burocrática e Gerencial com o objetivo de definir critérios objetivos para celebração de contratos entre o ente público e o ente particular, normalmente relacionados à compra de produtos e à prestação de serviços e obras, asseguradas as condições de isonomia e prevalência do interesse público, afastando assim os vícios das preferências arbitrárias ou critérios subjetivos próprios de padrões deletérios uma Administração Pública Patrimonialista.

Conceitualmente a doutrina converge para uma leitura que caracteriza a licitação pública como um procedimento administrativo que se desenvolve por meio de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração Pública e os licitantes, no qual a primeira parte recorre a fim de selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse público preliminarmente à celebração contratual (MEIRELLES, 2003; CRETELLA Jr, 2009).

No Brasil, a licitação pública é um instituto jurídico do Estado Democrático de Direito, definido hierarquicamente no ordenamento jurídico nacional a partir da Constituição Federal de 1988 no artigo 37, inciso XXI (BRASIL, 1988), e, com consequente regulamentação como procedimento administrativo com cinco modalidades licitatórias definidas pela Lei Federal 8.666/1993 (BRASIL, 1993), e, por outras legislações subsequentes que instituíram três outras modalidades licitatórias

Em um primeiro plano, na *condição de instituto jurídico definido constitucionalmente*, a licitação pública é identificada genericamente como um procedimento administrativo prévio e necessário de natureza técnica e concorrencial a que recorre todo ente da Administração Pública,

* Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.works.bepress.com/eloi.

* Professora e consultora na área de gestão empresarial. Auxiliar de pesquisa, bacharel em Direito e especialista pós-graduada *lato sensu* em Direito Eleitoral. Endereço para contato: raquelkf@gmail.com.

quando necessitar celebrar contrato com ente privado, conforme pode ser observado na redação constitucional do artigo 37, inciso XXI:

Artigo 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 (BRASIL, 1988).

Em um segundo plano, na *condição de legislação geral*, as diretrizes do instituto de licitação pública definidas pela Lei Federal 8.666/1993 normatizam as modalidades e etapas formais de cumprimento de qualquer procedimento licitatório na Administração à luz do artigo 37 da Constituição Federal e dos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia e probidade administrativa (BRASIL, 1988).

Embora a Lei Federal 8.666/1993 tenha definido apenas cinco modalidades licitatórias (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), bem como a proibição de criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das existentes por parte da Administração Pública, o Congresso Nacional acabou originando novas modalidades licitatórias, tanto, convergentes, quanto, divergentes, aos princípios da Lei de Licitação e Contratos.

Enquanto que as criadas Leis Federais 9.472/1997 e 10.520/2002 possuem uma natureza *suis generis* com modalidades licitatórias (consulta e pregão) que se coadunam às diretrizes normativas da Lei Federal 8.666/1993, por sua vez, a Lei Federal 12.462/2011 introduz uma lógica normativa distinta aos princípios de transparência da Lei Federal 8.666/1993 por meio de uma natureza *hibridizada* do regime diferenciado de contratações que objetiva focalizar celeridade e a eficiência contratual.

Quadro 1 – Modalidades licitatórias por lei de origem no Brasil

<i>Modalidade de licitação</i>	<i>Previsão legal</i>
MODALIDADES ORIGINÁRIAS DE LICITAÇÃO DA LEI FEDERAL 8.666/1993	
Concorrência Tomada de preços Convite Concurso Leilão	<i>Lei Federal 8.666/1993</i>
MODALIDADES DE LICITAÇÃO CONVERGENTES À LEI FEDERAL 8.666/1993	
Consulta Pregão	<i>Lei Federal 9.472/1997</i> <i>Lei Federal 10.520/2002</i>
MODALIDADE DE LICITAÇÃO DIVERGENTE À LEI FEDERAL 8.666/1993	
Regime diferenciado de contratação	<i>Lei Federal 12.462/2011</i>

Fonte: Elaboração própria. Baseada nas legislações supracitadas.

Em um terceiro plano, na *condição de legislação especial*, as diretrizes especiais da nova modalidade licitatória previstas na Lei Federal 12.462/2011 figuram como exceções rivalizantes ao regramento geral da Lei Federal 8.666/1993 em razão das características peculiares de especificidade temática e temporal de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Após quase duas décadas de licitações constituídas nos marcos da Lei Federal 8.666/1993, os órgãos públicos passaram a ter uma nova opção para licitar suas obras em determinados casos específicos, por meio do surgimento da Lei 12.462/2011 que instituiu o RDC findando tornar o processo licitatório mais célere e eficiente, mantendo as sistemáticas de transparência e acessibilidade aos órgãos de controle.

Inspirado nos princípios e diretrizes de licitação e contratos do Poder Público da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), bem como nos modelos da União Europeia e dos Estados Unidos, o Regime Diferenciado de Contratações surgiu no ano de 2011 em um contexto de atraso e urgência para a construção de obras previstas para a realização de grandes eventos esportivos no país, como Copa das Confederações (2013), Copa do Mundo (2014) e Olimpíadas e Paraolimpíadas (2016).

Em um conturbado contexto de negociação política que deu origem à aprovação da Lei 12.462/2011, o projeto original do RDC previa exclusiva aplicabilidade às licitações e contratos referentes às obras das Olimpíadas e aos aeroportos da Copa do Mundo, porém se tornou ainda mais polêmico e objeto de críticas em função de ter passado por mudanças que ampliaram a sua incidência a todas as licitações e contratos, tanto da Copa do Mundo, quanto, dos aeroportos de capitais estaduais distantes em até 350 km das cidades-sede.

Conforme Miguel (2015), a Lei Federal 12.462/2011 originou-se deliberadamente de uma ação executiva de medida provisória a fim de destravar os procedimentos licitatórios de obras no país e de enfrentar os desafios de implementação da infraestrutura dos grandes eventos esportivos em tempo hábil, contornando assim os a aplicação de dispositivos rígidos da Lei Federal 8.666/1999 com novos regramentos mais flexíveis, os quais eram justificados como referenciados na experiência internacional.

Não bastasse a *condição de legislação especial* da Lei Federal 12.462/2011, ao instituir a modalidade licitatória temporária do RDC, uma série de emendas surgiram, respectivamente nos anos de 2012 e 2015 no sentido de ampliar as áreas temáticas de sua aplicação para além da justificativa originária da lei em 2011, transformando-o de um instrumento temporário em permanente.

No ano de 2012, a Lei Federal 12.462/2011 recebeu as suas duas primeiras emendas desde sua origem com a finalidade de estender as hipóteses de aplicabilidade do RDC em relação aos processos de licitações e contratos, tanto, de ações integrantes do Programa de Aceleração do

Crescimento – PAC (BRASIL, 2012a), quanto, daquelas obras e serviços de engenharia previstas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 2012b).

No ano de 2015, paradoxalmente, a despeito de existir um processo de investigação sobre atos de corrupção, desvio e lavagem de dinheiro em um esquema envolvendo a Petrobrás e grandes empreiteiras no país, conhecido como Operação Lava Jato, surgiram duas emendas à Lei Federal 12.462/2011 justamente com a finalidade de estender o RDC a temas que vão além do objetivo transitório de atender às necessidades de celeridade para as obras dos grandes eventos no Brasil, invertendo em que a Lei Federal 8.666/1993 gradativamente vai se tornando em exceção como instrumento de licitações e contratados.

Em um primeiro momento, em 23 de junho de 2015, a presidente da República sancionou a Medida Provisória 678/2015, alterando a Lei Federal 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, estendendo a força da do RDC a dois temas, sendo eles, respectivamente: a) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e, b) ações no âmbito da Segurança Pública (BRASIL, 2015a).

Em um segundo momento, em 21 de outubro de 2015, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei de Conversão 17/2015, proveniente da Medida Provisória 678/2015, com a adição de uma nova adição ao RDC, estendendo a das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, bem como à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia, emenda esta que incorre em eventual veto ou sanção presidencial para ter efeito de lei (BRASIL, 2015b).

Em função das emendas adicionadas nos anos de 2012 e 2015, a redação da Lei 12.462/2011 foi sistematicamente ampliada em 4 momentos distintos, com a extensão de hipóteses de incidência do RDC a temas desconexos ao que era previsto na redação oficial da lei, uma vez que esta restringia a aplicação do novo regime de licitações e contratos exclusivamente à carteira de projetos direta e indiretamente ligados aos grandes eventos esportivos.

Os critérios de aplicabilidade do RDC foram ampliados significativamente em distintos novos temas e áreas da Administração Pública para além da agenda infra estrutural das obras dos grandes eventos esportivos entre 2013 e 2016, estendendo hipóteses de uso licitatórios para ações de segurança pública, defesa civil e inteligência, realização de obras e serviços de engenharia relacionados a mobilidade urbana, ampliação de infraestrutura logística, bem como, construção e reforma de estabelecimento penais e dos sistemas públicos de pesquisa, ciência e tecnologia.

Box 1 - Pontos de aplicabilidade do RDC conforme emendas na Lei 12.461/2011

REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI 12.462/2011
Art. 1º 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
REDAÇÃO INCLUSA COM A EMENDA DA LEI 12.688/2012
IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).
REDAÇÃO INCLUSA COM A EMENDA DA LEI 12.745/2012
V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.
REDAÇÃO INCLUSA COM A EMENDA DA Medida Provisória 678/2015
VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; VII - ações no âmbito da Segurança Pública
REDAÇÃO INCLUSA DO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO 17/2015*
VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. § 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Fonte: Organização própria. Baseada nos marcos legais supracitados.

Nota: * Aguardando sanção presidencial.

A despeito dos efeitos de celeridade e eficiência contratual proporcionado pelo novo regime licitatório do RDC, eventuais riscos surgem em função de suas características que facilitam a capacidade de negociação de grandes empreiteiras de construção civil, justamente em um contexto nacional altamente oligopolizado que restringe a concorrência internacional.

Em razão da Lei Federal 8.666/1993 ser demasiadamente rígida em seus procedimentos e função do foco no preço em detrimento à qualidade, abrindo espaço para participação de empresas de menor porte, a Lei Federal 12.462/2011 surgiu com o intuito de flexibilizar os processos licitatórios com foco na capacidade de execução da obra, o que naturalmente repercute em uma tendência de contratação de empresas de maior porte e, portanto, um menor grau de concorrência.

Mesmo havendo efeitos de celeridade e eficiência contratual com o RDC, eventuais riscos corruptivos surgem diante da expansão das áreas e temas de aplicação do novo regime licitatório, justamente devido a menor capacidade de transparência em relação aos dispositivos da Lei Federal 8.666/1993 e por existir a cláusula do orçamento sigiloso que permite a negociação do preço pelo licitante com a melhor proposta, o que na prática amplia os canais para o desvio legal de dinheiro público para os maiores grupos financiadores de campanhas políticas no país, as grandes empreiteiras de construção civil.

Com base nestas discussões, conclui-se que por mais que o RDC tenha sido implementado como um regime licitatório transitório para atender as necessidades de celeridade nas obras de grandes eventos no Brasil na década de 2010, a incremental adição de ementas à Lei Federal 12.461/2011 trouxe consigo não apenas a inclusão de critérios de aplicabilidade desconexos do núcleo ontológico do marco legal originário, mas também tem proporcionado a transformação de uma exceção em regra, representando, assim, um boicote institucional à Lei Federal 8.666/1999, conhecida como Lei de Licitações e Contratos.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. *Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília: Planalto, 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. *Lei Federal 9.472, de 16 de julho de 1997*. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 24/10/2015.

BRASIL. *Lei Federal 10.520, de 17 de julho de 2002*. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 24/10/2015.

BRASIL. *Lei Federal 12.462, de 4 de agosto, 2011*. Brasília: Planalto, 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. *Lei Federal 12.688, de 18 de julho de 2012*. Brasília: Planalto, 2012a. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. *Lei Federal 12.745, de 19 de dezembro de 2012*. Brasília: Planalto, 2012b. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. *Medida provisória n. 678, de 23 de junho de 2015*. Brasília: Planalto, 2015a. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. *Projeto de Lei de Conversão n. 17, de 21 de outubro de 2015*. Brasília: Senado, 2015b. Disponível em: <www.camara.leg.br>. Acesso em 23/10/2015.

CRETELLA JUNIOR, J. *Das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MIGUEL, L. F. H. "Licitação – Passado, presente e futuro". *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 14, n. 158, fevereiro, 2015.

