

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

THIAGO WERNER RAMASCO

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COMO INSTRUMENTO DA
MORALIDADE, EFICIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

CURITIBA

2018

THIAGO WERNER RAMASCO

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COMO INSTRUMENTO DA
MORALIDADE, EFICIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

CURITIBA

2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

R165r
2018

Ramasco, Thiago Werner
Regime diferenciado de contratações públicas: o procedimento licitatório como instrumento da moralidade, eficiência e desenvolvimento econômico / Thiago Werner Ramasco ; orientador: Luiz Alberto Blanchet. – 2018.
152 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018
Bibliografia: f. 143-152

1. Direito administrativo. 2. Licitação pública. 3. Eficiência (Serviço público). 4. Moralidade (Direito). 5. Desenvolvimento econômico. I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 341.3

THIAGO WERNER RAMASCO

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COMO INSTRUMENTO DA
MORALIDADE, EFICIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet (Orientador)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professora Doutora Angela Cassia Costaldello
Universidade Federal do Paraná

Professora Doutora Ana Claudia Santano
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Professor Doutor Alexandre Godoy Dotta
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Curitiba, 28 de fevereiro de 2018.

Ao meu pai, Carlos Afonso, cuja
ausência se faz sentir profundamente nos
últimos dezenove anos.

À minha mãe, Maria Helena, e meu
padrasto, Mário, pelo constante
incentivo para o meu aprimoramento
acadêmico e pelo apoio para a realização
deste mestrado.

À minha esposa, Patrícia, pelo amor, e
pelo companheirismo de sempre e,
principalmente, pela paciência que teve
durante esses últimos dois anos.

Ao meu filho, Thiago, que há três anos
chegou para mudar minha vida e que me
faz querer ser uma pessoa melhor a cada
dia que passa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores da PPGD da PUC-PR por esses dois anos de ensinamentos que colaboraram muito para a minha formação acadêmica e pessoal.

Agradeço especialmente ao Professor Luiz Alberto Blanchet pela orientação desta pesquisa e pela maneira gentil com que, desde o primeiro momento, se mostrou pronto para auxiliar e conduzir os estudos.

RESUMO

As regras aplicáveis às licitações públicas que surgiram desde a Lei Federal nº 8.666/1993 vêm se desenvolvendo no sentido de dar agilidade aos certames licitatórios, soltando-o de diversas amarras presentes na Lei Geral de Licitações. Nesse panorama, em razão da necessidade de realização de obras para os grandes eventos esportivos que se avizinhavam, e diante da inércia do Poder Legislativo em promover a reforma do Regime Geral de Licitações, procurou-se disciplinar um regime excepcional para as licitações e contratações destinadas a viabilizar aqueles eventos esportivos com a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, resultado da conversão da Medida Provisória nº 527 na Lei Federal nº 12.462/2011. Dentre os principais objetivos do RDC estão: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. De maneira gradual, a aplicabilidade do RDC foi sendo ampliada para abarcar situações que inicialmente não estavam previstas. Essas ampliações, de certa forma, corroboram as críticas à Lei Geral de Licitações e mostram a necessidade de dotar os administradores públicos de um instrumento que garanta contratações mais eficientes. A pesquisa busca analisar as principais novidades do instituto do Regime Diferenciado de Contratações à luz dos princípios da moralidade e da eficiência, como possível instrumento para a promoção do desenvolvimento econômico do país. A pesquisa divide-se em três partes. Na primeira, será abordada a moralidade administrativa. Na segunda, a eficiência administrativa, buscando-se delimitar os marcos teóricos para a análise do RDC, que será feita na terceira parte. Em relação à nova modalidade licitatória, serão abordadas as principais novidades trazidas pelo instituto: contratação integrada, remuneração variável, contrato de eficiência, critério de julgamento do maior retorno econômico, sigilo do valor estimado e o procedimento recursal. Para tanto, será utilizado o método dedutivo de abordagem. Os métodos de procedimento serão o histórico e o comparativo, por meio de eventuais comparações entre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e as demais modalidades licitatórias. Para a interpretação do texto legal, será utilizado o método exegético. Já a técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa documental de fontes primárias, no que tange aos resultados das licitações e da pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, como publicações, revistas e livros e monografias. Conclui-se trazendo dados do RDC no DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e na Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, estabelecendo-se algumas comparações entre os resultados obtidos pelos diferentes regimes de execução da modalidade e, ainda, entre esses e a Lei Federal nº 8.666/1993.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Eficiência. Moralidade.

ABSTRACT

The rules applicable to public procurement that have arisen since Federal Law 8,666/1993 have been developed in order to give agility to the bidding events, releasing it from several moorings present in the General Bidding Law. In view of the need to carry out works for the upcoming major sporting events, and in view of the inertia of the Legislative Power in promoting the reform of the General Procurement Regime, an exceptional arrangement was considered for biddings and contracting aimed at enabling those sporting events with the creation of the Differentiated Regime of Public Contracting, resulting from the conversion of Provisional Measure n° 527 into Federal Law n° 12,462/2011. Among the main objectives of the DRPC are: to increase efficiency in public contracting and competitiveness among bidders; and ensure isonomic treatment between bidders and the selection of the most advantageous proposal for Public Administration. Gradually, the applicability of the DRPC was expanded to encompass situations that were initially not foreseen. These extensions, to a certain extent, corroborate the criticisms of the General Procurement Law and show the need to provide public administrators with an instrument to guarantee more efficient contracting. The research seeks to analyze the main novelties of the institute of the Differentiated Regime of Public Contracting in the light of the principles of morality and efficiency, as a possible instrument for the promotion of the economic development of the country. The research is divided into three parts. In the first, administrative morality will be addressed. In the second, the administrative efficiency, seeking to delimit the theoretical frameworks for the analysis of the DRPC, which will be done in the third part. In relation to the new bidding modality, the main novelties brought by the institute will be: integrated contracting, variable remuneration, efficiency contract, criterion of judgment of the highest economic return, confidentiality of the estimated value and the appeals procedure. To do so, the deductive method of approach will be used. The methods of procedure will be historical and comparative, by means of possible comparisons between the Differentiated Regime of Public Contracting and other bidding modalities. For the interpretation of the legal text, the exegetical method will be used. The research technique will be indirect documentation, through documentary research of primary sources, regarding the results of bids and bibliographic research of secondary sources such as publications, journals and books and monographs. The conclusion brings data from the RDC in the DNIT – National Department of Transport Infrastructure and in the Infraero – Brazilian Airport Infrastructure Company, establishing some comparisons between the results obtained by the different regimes of execution of the modality and, also, between these and the Federal Law 8,666/1993.

Key-words: Administrative Law. Public Bidding. Differentiated Regime of Public Contracting. Efficiency. Morality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 MORALIDADE.....	13
1.1 A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO	13
1.1.1 Separação entre Moral e Direito: positivismo jurídico.....	14
1.1.2 Vinculação entre Moral e Direito: neoconstitucionalismo	14
1.2 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA	18
1.2.1 Origem da moralidade administrativa.....	18
1.2.2 Conteúdo do princípio da moralidade.....	20
1.3 A MORALIDADE E O DEVER DA BOA ADMINISTRAÇÃO.....	25
2 EFICIÊNCIA.....	28
2.1 A ORIGEM DO IDEAL DE EFICIÊNCIA	28
2.2 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA	31
2.2.1 O princípio constitucional da eficiência	31
2.2.2 A eficiência, a moralidade e a boa administração	42
2.2.3 A eficiência no campo do processo administrativo e da licitação	45
2.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	48
2.3.1 Breve contextualização	48
2.3.2 Pressupostos.....	50
2.4 IMPERFEIÇÕES DO MERCADO, EXTERNALIDADES, <i>TRADEOFFS</i> E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES.....	51
2.4.1 A obrigação de licitar e o conceito de <i>value for money</i>	54
2.4.2 Custos de transação das licitações	55
3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	59
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	59
3.2 O PROCESSO LICITATÓRIO NA MODALIDADE DE REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	64
3.2.1 Fase interna e atos preparatórios	64
3.2.2 Fase externa	66
3.2.2.1 Formas de realização e modos de disputa da licitação.....	66
3.2.2.2 Julgamento das propostas.....	68
3.2.2.3 Fase de habilitação	69

3.2.2.4	Fase recursal.....	70
3.3	AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO RDC.....	71
3.3.1	Contratação integrada	71
3.3.2	Remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado.....	85
3.3.3	O critério de maior retorno econômico e o contrato de eficiência.....	96
3.3.4	Sigilo do valor estimado	103
3.3.5	Procedimento recursal	113
3.4	COMPARAÇÃO ENTRE O RDC E O REGIME GERAL.....	120
4	CONCLUSÃO	132
	REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

Em razão da necessidade de realização de obras para os eventos esportivos mundiais que ocorreriam no Brasil entre os anos de 2013 e 2016, procurou-se disciplinar um regime excepcional para as licitações e contratações públicas. Essa busca por um regime excepcional pode ser explicada pela inércia do Poder Executivo em adotar as providências pertinentes para a preparação da Copa do Mundo e das Olimpíadas, tendo deixado para fazê-lo quando o escasso tempo já não comportava mais a sujeição ao Regime Geral de Licitações e Contratos Administrativos da Lei Federal nº 8.666/1993. Porém, é inegável também que, há muito tempo, dadas as críticas ao modelo de contratações criado pela Lei Federal nº 8.666/1993, aventa-se a possibilidade de uma nova lei geral de licitações no país e, nesse caso, tem havido igualmente uma inércia do Poder Legislativo em discutir a questão.

De toda forma, em maio de 2010, com a edição das medidas provisórias nº 488 e nº 489, criou-se o referido regime excepcional, com o objetivo de tornar mais célere o processo de contratação das obras para aqueles eventos esportivos. Todavia, essas normas perderam sua eficácia pelo decurso do tempo, levando a que, na sessão legislativa seguinte, fosse incluída a disciplina relativa ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas na Medida Provisória nº 527. Essa medida provisória foi posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.462/2011, que regula o RDC.

Inicialmente, a modalidade seria aplicável apenas às licitações e contratos relacionados à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo da FIFA de 2014, aos Jogos Olímpicos de 2016, no Rio de Janeiro, e às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos mundiais. Contudo, houve diversas alterações legislativas posteriores que ampliaram seu campo de incidência, evitando que o RDC tivesse sua aplicação limitada quanto ao tempo e ao espaço.

O RDC trouxe diversas alterações sobre o tema das licitações, incorporando muitas críticas que vinham sendo feitas, ao longo dos anos, ao Regime Geral de Licitações e afastando expressamente a sua incidência, tais como a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas; o sigilo do orçamento; novos critérios de julgamento, como melhor conteúdo artístico e maior retorno econômico, dentre outras.

Em consonância com os motivos que levaram a sua criação, o RDC estabeleceu como um de seus objetivos ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Esta pesquisa busca analisar as principais novidades do instituto do Regime Diferenciado de Contratações à luz dos princípios da moralidade e da eficiência, como possível instrumento para contratações públicas mais eficientes e, ao mesmo tempo, com respeito aos princípios do regime jurídico-administrativo, colaborando, assim, para o desenvolvimento econômico do país.

A dissertação divide-se em três partes, cada qual correspondente a um capítulo. No primeiro, será abordada a moralidade administrativa. No segundo, a eficiência administrativa. Nesses dois primeiros capítulos, busca-se delimitar os marcos teóricos para a análise do RDC. Finalmente, no terceiro capítulo será feita a análise do RDC sob os prismas da moralidade e da eficiência.

Em relação à nova modalidade licitatória, serão abordadas as principais novidades trazidas pelo instituto: contratação integrada, remuneração variável, contrato de eficiência, critério de julgamento do maior retorno econômico, sigilo do valor estimado e o procedimento recursal. O recorte é necessário, tendo em vista a intenção de tratar do tema especificamente sob o ângulo da moralidade e da eficiência, o que impede esgotar todos os aspectos da modalidade licitatória no presente estudo, considerando suas limitações. Daí a opção pela análise apenas das novidades que a Lei Federal nº 12.462/2011 trouxe em relação às demais modalidades licitatórias. É bem verdade que a sistemática recursal não representa uma novidade, pois já vinha sendo utilizada desde a introdução da modalidade de Pregão no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, considerando a necessidade de discutir a modalidade licitatória à luz da moralidade, não seria possível passar ao largo dos recursos e impugnações previstos.

Assim, será utilizado o método dedutivo de abordagem. Os métodos de procedimento serão o histórico e o comparativo, por meio de eventuais comparações entre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e as demais modalidades licitatórias. Para a interpretação do texto legal, será utilizado o método exegético. Já a técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa documental de

fontes primárias, no que tange aos resultados das licitações e da pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, como publicações, revistas e livros e monografias.

A relevância do tema se justifica não apenas pela novidade da modalidade licitatória em si, o que já demanda seu estudo, mas também pela importância que as compras governamentais têm e, principalmente, porque a paulatina ampliação do campo de aplicação do RDC parece indicar uma tendência para as licitações no Brasil, principalmente em um momento em que se volta a discutir a alteração do marco regulatório das licitações no país.

1 MORALIDADE

A moralidade administrativa, mesmo antes da introdução do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, suscitou o interesse dos estudiosos do Direito Administrativo, que procuraram estabelecer suas origens, delimitar seu conteúdo e, principalmente, investigar a influência que o Direito sofre da Moral. Em que pese a importância desse trabalho, é preciso rememorar que a influência ou não da Moral sobre o Direito e, por consequência, o conteúdo e as peculiaridades do princípio da moralidade variam conforme o marco teórico que, em bases objetivas, se mostre, no momento considerado, como o que melhor sustentabilidade lógico-jurídica fornece ao conceito.

É fundamental lembrar ainda, que este, como ademais qualquer outro conceito que merece estudo pela Ciência Jurídica, é sempre provisório, eis que nesta e nas demais Ciências jamais existe verdade definitiva e absoluta. O grande mérito da Ciência é que, ao contrário de outros campos do conhecimento humano, ela sempre se coloca em cheque, sempre testa suas próprias conclusões. A evolução da Ciência, ao contrário daquela que se opera no campo da religião, da ideologia etc., se opera em bases objetivas, absolutamente isenta de preferência ou antipatias pessoais. Como afirma Karl Raimund Popper, “o conhecimento subjetivo só se torna criticável quando se torna objetivo. E torna-se objetivo quando dizemos o que pensamos; e mais ainda quando o escrevemos, ou imprimimos”.¹

1.1 A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO

Em geral, nas definições dos administrativistas sobre o princípio da moralidade, é comum a referência a uma obrigação da Administração Pública de atuar segundo padrões morais e éticos.² É corriqueira também a representação da relação entre Moral e Direito por meio de círculos concêntricos ou que se interpenetram,

¹ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1975. p. 35.

² Nesse sentido, vale conferir, à guisa de exemplo, o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello para o princípio em questão: “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122.

conforme se entenda que o Direito estaria contido na Moral ou que, embora separados, possuem um campo de incidência comum. Impõe-se, então, definir a moral atinente ao princípio da moralidade, bem como sua relação com o Direito.

1.1.1 Separação entre Moral e Direito: positivismo jurídico

Atribui-se a Hans Kelsen a absoluta separação entre a Moral e o Direito. O autor, em sua Teoria Pura do Direito, buscou separar o conceito de norma jurídica da noção de norma moral, distinguindo o Direito tanto da Natureza como de outros fenômenos espirituais, e, ainda, das normas de outro gênero. Nesse sentido, seria necessário afastar o Direito do contato com a Moral, o qual surgiu na Antiguidade.³

Ricardo Marcondes Martins aponta que o pensamento de Kelsen foi construído a partir da premissa filosófica do absoluto relativismo da Moral. Nesse cenário, além de relativos, os valores seriam também subjetivos. Não existiria um grau de objetividade valorativa, os valores morais dependeriam do juízo de cada pessoa e, portanto, a Moral seria sempre dependente do pluralismo. Diante disso, o legislador, ao editar a lei, teria liberdade para escolher os valores morais; e, efetuada a escolha, o aplicador do Direito deveria simplesmente se ater à escolha positivada.⁴

Portanto, o juspositivismo, escola à qual se perfilou Kelsen, procedeu à separação entre o Direito e a moral.

1.1.2 Vinculação entre Moral e Direito: neoconstitucionalismo

Posteriormente, a escola neoconstitucionalista pregou uma tomada de postura moral, uma atitude ética, destacando-se pela negação da tese juspositivista da separação entre Direito e Moral.⁵ Assim, Robert Alexy trata da vinculação necessária

³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 42-58.

⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 30-31.

⁵ Cf. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003. p. 187-210. Para a autora, o neoconstitucionalismo parte de um catálogo detalhado de direitos fundamentais e da justiciabilidade da carta fundamental por obra de um órgão para ela especificamente predisposto. A partir deste dado positivo, propõe um certo modelo teórico para a explicação e a descrição do Direito do Estado constitucional, negando a tese juspositivista

entre o Direito e a Moral, eis que, segundo sustenta, o Direito pressupõe uma pretensão de correção ou de justiça.⁶

Faz-se necessário, então, delimitar os conceitos de Moral e de Direito.

Ricardo Marcondes Martins, procedendo a uma análise etimológica, afirma que “Justiça (‘justo’; é o que é suficiente, perfeitamente adequado) diz respeito a um juízo de valor sobre a adequação de algo, de ajustamento ao mais apropriado; Moral (‘relativo aos costumes’) diz respeito a normas de conduta. Os conceitos são inconfundíveis e dogmaticamente o Direito está ligado a ambos”.⁷ Ainda, a Moral diz respeito aos costumes, a um conjunto de normas vigentes no meio social, fundadas nos conceitos de certo e errado, bom e mau, honesto e desonesto.

Especificamente no conjunto de normas morais haveria, para o autor, dois subconjuntos. No primeiro estariam aquelas normas morais que, ao estabelecer o certo e o errado para o indivíduo, não repercutem além de sua esfera íntima e, portanto, não interferem na esfera dos demais indivíduos. Esse subconjunto é irrelevante para o Direito. O segundo subconjunto de regras morais seria constituído pelas que repercutem diretamente na esfera dos demais indivíduos.⁸ Conclui, então, que “As normas que transcendem a intimidade e repercutem na esfera alheia podem ser objetivadas, desvinculadas da esfera íntima. Para fins didáticos, essas normas objetivas podem ser chamadas de normas éticas”.⁹

Já Eduardo Garcia Maynez define Direito e Moral com base em critérios de interioridade e exterioridade; unilateralidade e bilateralidade; incoercibilidade e coercibilidade. Com base no primeiro critério, enquanto o Direito visa à realização de valores coletivos, a Moral objetiva valores pessoais. As normas morais são unilaterais, pois seu cumprimento é inexigível por outras pessoas. Já as normas de Direito impõem

da separação conceitual entre Direito e Moral. Assim, propõe também um modelo axiológico-normativo sob cujas linhas deveria desenvolver-se o direito real. Este modelo axiológico-normativo não individualizaria o ideal em um objeto distinto do Direito real. Ao contrário, pretende poder alcançar o ideal jurídico através do que poderia chamar-se uma projeção evolutiva, expansiva e necessária do conteúdo do Direito Constitucional positivo.

⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 35.

⁷ Ibid., p. 35-36.

⁸ Ibid., p. 46-47.

⁹ Ibid., p. 48.

direitos e deveres exigíveis por outras pessoas. Por fim, os deveres morais seriam incoercíveis, enquanto que, para o Direito, haveria a possibilidade de coercibilidade.¹⁰

Após proceder à diferenciação acima, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt arremata que “O Direito ordenaria um mínimo ético para conservar a vida social. Seria o mínimo de Ética estritamente indispensável à convivência pessoal”.¹¹

O autor aponta, ainda, as seguintes diferenças entre Moral e Direito: as regras jurídicas possuem validade objetiva, independentemente da vontade de seus destinatários, e, portanto, conclui que o Direito é heterônomo, pois seus valores juridicamente relevantes são determinados por terceiros. Por outro lado, a Moral seria autônoma. Por fim, lembra que, apesar de serem ambas regras de comportamento, distinguem-se pelo objetivo, pois as regras morais buscam o aprimoramento pessoal, ao passo que as normas jurídicas buscam a garantia da ordem e da paz social.¹²

Miguel Reale aponta que as regras jurídicas exibem o característico da bilateralidade atributiva, ou seja, pela qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo.¹³

Para Susanna Pozzolo o termo “moral” possui ao menos quatro significados: O primeiro seria a moral individual, indicando um conjunto de princípios referentes ao comportamento humano em relação à ideia que cada um tem do que é certo e errado. O segundo significado possível seria a moral positiva, a qual indica um conjunto de princípios relativos ao comportamento humano em relação à ideia que um determinado grupo social tem do que é certo e errado. O terceiro, denominado moral concertada, seria o conjunto de princípios referentes ao comportamento humano, elaborados por meio de um debate, conduzido segundo regras pré-determinadas, em relação à ideia que os participantes desse debate têm do que é certo e errado. Por fim, haveria a moral universal, relativa a um conjunto de princípios atinentes ao comportamento humano, sem qualquer relação com o que os seres humanos creem que seja certo ou errado. Essa

¹⁰ MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Filosofía del derecho**. México: Porrúa, 1989. p. 135.

¹¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Moralidade administrativa: evolução e conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 217.

¹² *Ibid.*, p. 217-219.

¹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48.

moral universal independe do contexto histórico ou espacial, do desenvolvimento social e do debate intersubjetivo; seria valor em sua essência.¹⁴

A autora conclui que a moral que possui conexão com o Direito positivo seria a moral universal, pois, para a escola neoconstitucionalista, sobrepor-se-ia ao Direito, ao mesmo tempo em que é negada pela escola do positivismo jurídico.¹⁵

Ao tratar do histórico do princípio da moralidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto recorda que Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: “a Moral (caracterizada pela idéia do honestum), a Política (caracterizada pela idéia do decorum) e o Direito (caracterizado pela idéia do iustum)”,¹⁶ demonstrando que os deveres morais são da esfera íntima e, portanto, incoercíveis, ao passo que os deveres jurídicos são externos, logo, coercíveis. O autor prossegue a análise da conexão entre Moral e Direito, distinguindo a moralidade na criação da lei - a moral NO Direito – da moralidade na aplicação da lei - a moral DO Direito.¹⁷

Essa distinção entre a moralidade presente na criação do Direito e a moralidade verificada na aplicação do Direito também foi abordada por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Com efeito, o autor paranaense, um dos precursores do estudo do tema no Brasil, ainda na década de 1970, em regime anterior ao da Constituição de 1988, cuidou da ética DO Direito, que seria a obrigação de a norma jurídica ser moral, em contraposição à ética NO Direito, que seria aquela que prevalece no exame do ato-fato.¹⁸

¹⁴ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003. p. 196-198.

¹⁵ Ibid., p. 200-202.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1-44, 1992. p. 3.

¹⁷ Ibid., p. 4. O autor esclarece, com esquete nos ensinamentos de Bergson e Weber, que há distinção entre moral aberta e moral fechada. A aberta é individual, ligada à consciência que cada um tem sobre o bem e o mal; a moral fechada é social, referida a um grupo determinado, na qual se desenvolveu para proteger a incolumidade de seus próprios fins grupais, contra o influxo perturbador da vontade a eles estranha. Sob a perspectiva bergsoniana, a moral administrativa é uma moral fechada, gerada dentro do círculo restrito dos atores investidos de poder público para executarem a pública administração; um complexo institucional juspolítico regido por "um sistema de normas destinadas à realização de certos valores". Ademais, pode-se analisar também a distinção entre a moral de intenção e a moral de resultados. De um lado, a moral de intenção é a que se evidencia a partir do exame da vontade do agente, na condição de administrador, em contraste com a moral comum. Do outro lado, a moral de resultados só se toma patente quando se contrasta o resultado objetivamente considerado com o resultado que seria exigido para a finalidade legal da administração.

¹⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993. p. 28.

Por fim, Juarez Freitas assinala que o mútuo relacionamento dos princípios justifica uma vinculação entre o Direito e a Moral, posição essa que, segundo o entendimento desse autor, adotou o constituinte, mas sem pretender uma identidade plena entre aquelas esferas. Assim, não se tem uma mera positivação inclusiva da moralidade, mas realizou-se “autêntica proclamação vocacionada à eficácia direta de princípio axiológico que precisa ser considerado em toda e qualquer hierarquização tópico-sistemática”.¹⁹

O autor tece críticas à separação entre Direito e Moral, afirmando que “o agir eticamente universalizável desponta como imposição válida para as relações jurídicas. Perpassa a totalidade do sistema, requerendo a superação daquele positivismo singelo que percebia o Direito e a Moralidade como inconciliáveis conceitualmente.”²⁰

1.2 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1.2.1 Origem da moralidade administrativa

A moralidade administrativa tem origem na teoria do desvio de poder no Direito Administrativo, criada na jurisprudência do Conselho de Estado na França. Seu marco inicial é tido como o “arrêt” Lesbats, de 25 de fevereiro de 1864, apresentada na forma de um controle jurídico da Administração Pública.²¹

Em que pese tenha sido expressamente referido no *caput* do artigo 37 da Constituição, remanesce na doutrina dúvida quanto à autonomia do princípio da moralidade administrativa, havendo quem o identifique com o princípio da legalidade.²²

¹⁹ FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 196.

²⁰ *Ibid.*, p. 196.

²¹ Cf. BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 220.

²² Nesse sentido, cf. CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 111, para quem “essa referibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade administrativa como princípio dotado de autonomia”; e também ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 37-45. A autora afirma que a Moralidade pode ser entendida como

Nesse sentido, estariam contidos no âmbito do princípio da moralidade, os princípios da lealdade e da boa-fé, que reclamam uma atuação sincera da Administração Pública para com os particulares. A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que nem toda ofensa à moral social será também ofensiva ao princípio da moralidade administrativa. Isso apenas ocorrerá quando “houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado.”²³ O autor conclui que o princípio da moralidade administrativa seria um reforço ao da legalidade, eis que lhe dá um âmbito mais compreensivo.²⁴

Porém, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt esclarece que, apesar de alguns autores entenderem que a ofensa à moralidade restaria configurada apenas nas hipóteses de vício dos atos administrativos (a improbidade estaria na intenção do agente), tal entendimento teria surgido com caráter instrumental, de molde a permitir a análise da moralidade administrativa pelo Poder Judiciário, que, até então, estava adstrito ao exame da legalidade dos atos administrativos.²⁵ Para o citado autor, o princípio da moralidade possui autonomia e seria um conceito jurídico indeterminável, com suas inerentes zonas de certeza positiva e negativa. Contudo, não haveria a necessidade de se aprofundar na intenção do agente para se verificar a violação ao princípio da

Princípio Constitucional e como objeto de resguardo do interesse público por ação popular. Ainda, com relação à legalidade, assevera que a atividade administrativa dá-se *secundum legem*, jamais *ultra* ou *contra legem*. Assim, busca-se delimitar o princípio da moralidade, compatibilizando-o com a estrita legalidade que se impõe à Administração Pública. As regras de moral são fluidas e, portanto, não podem ser o conteúdo do princípio da moralidade, pois isso acarretaria insegurança jurídica. Ademais, se o princípio da moralidade fosse porta de entrada das regras morais, a atividade do legislador seria esvaziada. Para a autora, o princípio refere-se ao próprio Direito, não à moral. Não há moral jurídica fora do Direito positivo. O princípio da moralidade está ligado à legalidade, que lhe dá substância. Não possui aplicação prática sem regras jurídicas que lhe definem expressamente o conteúdo para cada caso. Assim, à Administração Pública caberia apenas cumprir o princípio da estrita legalidade. Sobre a insegurança jurídica que as regras morais poderiam acarretar, vale rememorar que, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111. Alguns dos marcos filosóficos da pós-modernidade — são o ceticismo e o relativismo, sobretudo o moral. Um dos corolários imediatos do relativismo é a impossibilidade de descrever algo como certo ou errado. A rigor, uma vez que não há consensos morais, a posição de qualquer pessoa é apenas uma opinião relativa em essência, cujo fundamento de autoridade é o próprio indivíduo e não uma verdade independente dele e a ele superior.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122-123.

²⁴ *Ibid.*, p. 123.

²⁵ Cf. BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Moralidade administrativa: evolução e conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 223.

moralidade, vez que essa não se limita apenas à vontade interior do agente, pois muitas vezes o próprio conteúdo do ato administrativo ofende o senso comum de honestidade e justiça da sociedade, bastando proceder-se a um exame da desproporcionalidade entre o fim almejado e os meios utilizados.²⁶

Acerca dessa interação entre a moralidade e o desvio de finalidade, pode-se concluir, então, que a aplicação da teoria do desvio de finalidade funciona como meio de verificação concreta da observância do princípio da moralidade. Por conseguinte, o princípio da moralidade concerne ao conteúdo moral da atuação do agente público, ao passo que o estudo do desvio de finalidade se refere ao espaço exterior a tal conteúdo. Logo, ambos se completam.²⁷

Na esteira do entendimento acima esposado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que “a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo”.²⁸

1.2.2 Conteúdo do princípio da moralidade

O entendimento de Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, acima esposado, é compartilhado por Egon Bockmann Moreira, que afirma interessar ao Direito o conjunto de normas postas e vigentes e a sua interpretação e aplicação à luz da realidade circunstante. No caso do princípio da moralidade, ocorreria uma ampliação da possibilidade de controle da atividade administrativa também por parâmetros morais, os quais são aplicados por meio das normas jurídicas.²⁹

Desse modo, para Egon Bockmann Moreira, a delimitação do conteúdo do princípio da moralidade deve ser feita a partir de seus destinatários, ou seja, as pessoas

²⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 212-230.

²⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 33.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 70.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 101.

que devem cumpri-lo (delimitação subjetiva) e as condutas que podem acarretar violação ao princípio (delimitação objetiva). Sob o aspecto subjetivo, estão obrigados ao cumprimento do princípio a Administração Pública direta e indireta e os particulares que com ela se relacionem. Já sob o ponto de vista objetivo, cita como exemplo as ações colocadas à disposição dos cidadãos para o controle dos atos da Administração Pública, tal como a ação popular, mas ressalva que não se pode considerar válido o desprestígio à moralidade administrativa em razão da ausência de positivação expressa de preceitos morais.³⁰

Aliás, o autor corrobora a concepção de princípio de Humberto Ávila, o que resta evidenciado ao afirmar que a ausência de positivação expressa de preceitos morais não pode obstar a aplicação do princípio da moralidade, sob pena de configurar-se uma postura positivista extrema e paradoxal.³¹ “Extrema porque exclui os valores perseguidos pelo próprio ordenamento jurídico[...] Paradoxal porque [...] exigir-se a positivação jurídica dos preceitos morais implicaria, por um lado, reivindicar-se demais do sistema jurídico e, por outro, desprezar-se ao extremo esse mesmo sistema.”³²

Essa moral administrativa positivada não se confunde com a moral comum, que é eminentemente subjetiva. A moral administrativa é objetiva, não sofrendo influência de impressões ou preceitos individuais, mas advinda do sistema jurídico como um todo.³³ Por serem objetivas, essas normas podem ser imputadas a uma pessoa jurídica. É justamente o que faz o princípio da moralidade administrativa: imputa as normas éticas ao Estado.

Além dos critérios objetivo e subjetivo, diversos outros critérios de delimitação do princípio da moralidade podem ser cotejados. Nesse passo, Thiago Marrara propõe inicialmente, sob o aspecto pessoal ou subjetivo, que a moralidade administrativa seria a moralidade do agente público ou de um conjunto de agentes. Ressalva, contudo, que essa interpretação é incompatível com o texto constitucional,

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 102-106.

³¹ Ibid., p. 105.

³² Ibid., p. 106.

³³ MARTINS, Tamira Almeida. A legalidade e a moralidade: a previsão normativa e a compreensão doutrinária de dois princípios em aparente tensão no discurso judicial brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Brasil, v. 2, n. 1, p. 137-159, oct. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/83069>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

pois consagraria o arbítrio. Em seguida, cogita da moralidade administrativa como valores de ação das entidades ou órgãos administrativos.³⁴ Porém, aponta que essa concepção pode não ser compatível com o Estado Democrático de Direito, pois os valores das instituições públicas só são legítimos se compatíveis com os valores maiores do Estado.³⁵ Finaliza, então, sob o ângulo subjetivo, asseverando que a moralidade administrativa “representa o respeito aos valores maiores do Estado, ou seja, aos valores, eleitos democraticamente e consagrados no ordenamento jurídico, que justificam a existência e a ação do Poder Público, inclusive de modo a restringir a liberdade e a propriedade privada em algumas situações”.³⁶

Por outro lado, sob a perspectiva material, o autor defende a operacionalização do princípio segundo três vetores: probidade, razoabilidade e cooperação no exercício da função administrativa. 1º) A moralidade como probidade corresponde à atuação com boa-fé por parte do administrador público, guiando-se apenas para a concretização dos interesses públicos primários. Essa probidade é objetiva, conforme as categorias de atos de improbidade presentes na legislação brasileira, que avaliam a conduta do agente público conforme os resultados do ato administrativo praticado. Exige-se não só que a pessoa jurídica, o Estado, a Administração, se conduza de acordo com essas regras éticas, mas que cada agente público, cada pessoa física que apresenta a Administração também observe essas pautas. Daí a vertente subjetiva da moralidade administrativa e seu subprincípio da probidade administrativa: exige-se honestidade dos agentes públicos. Improbidade seria uma imoralidade qualificada pela desonestidade, severamente repudiada pelo ordenamento vigente. 2º) A Moralidade como razoabilidade corresponde à necessidade de proceder a

³⁴ Essa é a posição preconizada por BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 227, ao afirmar que as premissas da moralidade administrativa “vigora no próprio ambiente institucional, condicionando a função administrativa”. Para o autor, a moral institucional se sobrepõe à lei, pois a noção de moralidade administrativa é mais ampla do que a noção de legalidade. Dentro da moralidade institucional, sobressai a necessidade de adequação entre a gestão dos administradores públicos e os fins perseguidos pela entidade. No âmbito da entidade, busca-se a vocação institucional exigindo uma correta especificação e adequação dos instrumentos utilizáveis com a busca do objetivo previsto. E finaliza afirmando que a realização da boa administração é aquela que visa ao interesse público, seu fim institucional, alcançando-se bons resultados objetivamente considerados.

³⁵ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: _____. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 164.

³⁶ *Ibid.*, p. 165.

uma avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do uso da discricionariedade pelo agente público. 3º) A Moralidade como cooperação, que se divide em três modalidades: cooperação interna ou intra-administrativa; a cooperação inter-administrativa e a cooperação na relação entre Poder Público e cidadão.³⁷

A moralidade como razoabilidade, nos termos dos vetores defendidos por Thiago Marrara parece indicar para a técnica da ponderação pela proporcionalidade, preconizada por Robert Alexy.³⁸ Trata-se de um projeto de institucionalização da razão, que visa a tornar controláveis os processos argumentativos. Uma vez que os princípios são mandamentos de otimização, faz-se necessário um instrumento que demonstre quando se chega a um resultado ótimo.

Dessa maneira, criou-se um roteiro de argumentação estruturado em três perguntas. Inicialmente, quanto à ADEQUAÇÃO, questiona-se: o meio é apto para atender à finalidade? A racionalidade está por trás dessa pergunta. Está-se a perquirir quais os ganhos resultantes da medida adotada. Em seguida, no que tange à NECESSIDADE, pergunta-se: existe alguma medida alternativa igualmente adequada à medida que atinja menos o princípio afetado?

Essas duas perguntas tratam das possibilidades fáticas.

Por fim, tem-se a PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO: O grau de restrição ao princípio afetado é compensado pelo grau de promoção do princípio visado?³⁹

A utilidade desse roteiro permite i) conhecer as valorações implícitas dos tomadores de decisões; ii) distribuir claramente as cargas de prova e argumentação e iii) aprendizado institucional de longo prazo.

Assim, o agente deve verificar as circunstâncias fáticas e os princípios incidentes e apurar o fim (ou fins) que, segundo o Direito, deve ser atingido, verificando

³⁷ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: _____. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 166-176.

³⁸ Ricardo Marcondes Martins afirma que, para ALEXY, o sistema jurídico não contém apenas normas jurídicas, regras e princípios. Haveria um terceiro tipo de elementos, os axiomas normativos, que independem de posituação; valem ainda que não estejam expressa ou implicitamente positivados; seriam pressupostos epistemológicos de compreensão do sistema jurídico. Dentre eles, elenca a razoabilidade e a proporcionalidade. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 34.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 44.

se há um meio de concretização (regra) já definido de antemão na Constituição ou nas leis ou se é o caso de estabelecer esse meio.

Ricardo Marcondes Martins afirma um caráter dúplice da moralidade administrativa, segundo o qual essa pode apresentar-se como princípio ou regra. Dessa forma, enquanto não editado um ato inválido, o princípio da moralidade não determina que as normas éticas mencionadas sejam concretizadas pela Administração na maior medida possível. Trata-se de uma determinação no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas à Administração para que ela se conduza de maneira proba e honesta. Assim, cuida-se de uma regra, não de um princípio. É uma regra de estrutura, porque disciplina o exercício da função administrativa, vale dizer, a edição de atos administrativos introdutores de normas administrativas; não disciplina diretamente a conduta, mas a produção normativa. É uma regra em branco, pois se reporta a todas as regras éticas objetivadas. Somente quando for editado um ato administrativo inválido, o princípio da moralidade passa a ser empregado com o significado de norma de estrutura de dupla estrutura. Assim, o princípio estabelece razões a serem consideradas na ponderação realizada quando do exame da invalidade.⁴⁰

Do mesmo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca as hipóteses de infração ao princípio da moralidade e a relação desse princípio com a legalidade. A moralidade administrativa, de acordo com o autor, se disfarça na legalidade, devendo-se proceder a uma análise de dois elementos do ato administrativo - o motivo e o objeto - em relação direta com o interesse público específico identificado como o elemento finalidade. Assim, portanto, o vício da moralidade administrativa se verifica quando o agente público praticar ato administrativo (contrato administrativo ou ato administrativo complexo) fundando-se em motivo: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadequado; d) incompatível; e e) desproporcional. Ao mesmo modo que, com respeito aos motivos, ocorre vício de moralidade administrativa quando o agente público praticar ato administrativo, contrato administrativo ou ato administrativo complexo visando a objeto: a) impossível; b) desconforme; e c) ineficiente.⁴¹

⁴⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 51-53.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1-44, 1992. p. 11-14.

1.3 A MORALIDADE E O DEVER DA BOA ADMINISTRAÇÃO

A essência do bom governo e da boa administração demanda que a dimensão ética esteja presente. A condução da Administração Pública deve buscar o bem-estar integral dos cidadãos e deve facilitar, portanto, àqueles que realizam seu melhoramento pessoal.⁴² Assim, “Os grandes princípios gerais orientam na busca de soluções, podem ser elementos de contraste para um juízo sobre a validade das soluções propostas, mas por si mesmos não resolvem nada, porque as soluções dos problemas concretos vão depender do juízo prudencial daqueles que devem decidir”.⁴³

Percebe-se, portanto, que uma ideia central no estudo do princípio da moralidade administrativa é o dever da boa administração. Esse dever, no entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, encerra um imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude.⁴⁴ Exsurge, então, a ideia da legalidade expandida.

Esse fim específico que deve ser buscado na gestão pública seria aquele explícito ou implícito na norma legal como o interesse público também específico, a ser alcançado em determinada ação administrativa. Assim, o conceito genérico da finalidade da administração pública refere-se, amplamente, ao interesse público genérico, enquanto que o conceito específico de finalidade pública de uma determinada ação administrativa, ato ou contrato, dirige-se, restritamente, a um interesse público específico.⁴⁵

Ainda a respeito da atividade de interpretação do interesse público, cabe assinalar que Luiz Alberto Blanchet traça os seguintes parâmetros para os agentes públicos: “Na investigação da vontade do Estado, o agente deve observar, além das peculiares exigências de cada problema concreto cuja solução compete à Administração, a necessidade de desenvolvimento futuro e, naturalmente, a

⁴² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 45.

⁴³ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**. n. 190, 1992. p. 15.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

sustentabilidade do empreendimento idôneo para solver o problema de interesse público”.⁴⁶

Conquanto tal exercício possa parecer, por vezes, penoso, é fundamental para extrair a vontade do Estado. Essa “não é um enigma, não é um fenômeno amorfo e imprevisível, tampouco poderia ser confundida ou conjugada com a vontade pessoal do agente ou do grupo a que ele pertence. [...] sua fórmula objetiva deflui das normas constitucionais e legais”.⁴⁷

Com isso, insere-se um elemento finalístico na análise de legalidade de todas as ações estatais, de modo que o cumprimento da norma jurídica pela autoridade pública somente pode ser válido quando vinculado aos valores em que tal norma se funda. Em breve síntese, sustenta-se que a moralidade administrativa impõe a atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública, suas entidades, órgãos e agentes públicos quer em relações internas, quer em relações externas. Somente o respeito aos três vetores é capaz de concretizar a moralidade no exercício da função pública e permitir que se fale de uma boa administração.⁴⁸

Destaca-se, portanto, que a necessidade de legitimação do Estado e de suas ações exige mais que a mera legalidade. Exige uma Administração Pública integralmente compatível com os valores constitucionais e comprometida com a concretização de interesses sociais legitimamente eleitos, os chamados interesses públicos primários. À finalidade devem-se somar condutas comprometidas, na prática, pela probidade ou honestidade dos agentes públicos, pela cooperação desses agentes em relação a si mesmos e aos cidadãos e pela razoabilidade na escolha do tipo e conteúdo de seus atos.⁴⁹

É de se ver também que as modernas constituições ocidentais possuem um grande número de princípios de justiça e direitos fundamentais, os quais impõem ao Estado tarefas de intervenção na sociedade e na economia. O Estado, então, deveria desenvolver tarefas ativas para realizar esses chamados direitos positivos. Todas essas disposições, que no antigo Estado legalista eram meras enunciações políticas

⁴⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo...**, p. 49.

⁴⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Administração pública, ética e desenvolvimento**: o que o agente público deve e o que não pode fazer. Curitiba: Juruá, 2014. p. 21.

⁴⁸ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: _____. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 177-178.

⁴⁹ Ibid., p. 178.

desprovidas de uma efetiva tutela jurisdicional, eis que não se reclamava uma atitude ativa do Estado, são agora efetivamente jurídicas e demandáveis. Esses mesmos direitos ou valores, para ser interpretados e aplicados, necessitam de uma tomada de posição moral destinada a dar-lhes concretude.⁵⁰

Muitos afirmam que a Administração Pública está submetida à legalidade em sentido lato, considerada a legalidade como bloco de legalidade, abrangendo, além das leis, dos princípios constitucionais. Porém, a Administração Pública está submetida à juridicidade, não só às normas postas pelo legislador, mas também aos princípios constitucionais e às normas postas pela própria Administração.⁵¹ Nesse cenário, Ricardo Marcondes Martins conclui: “o princípio da moralidade pertence ao Direito, a Administração está submetida à lei e à moral – ao princípio da legalidade e a da moralidade – está enfim, submetida ao princípio da juridicidade”.⁵² Para o autor, porém, esse dever da boa administração de concretizar otimamente o interesse público seria uma decorrência do dever de buscar a justiça no caso concreto. Segundo essa óptica, o conceito não se confunde com a moralidade administrativa, com o dever da Administração de observar as regras éticas.

A sujeição da Administração Pública ao bloco de juridicidade é acompanhada por Daniel Wunder Hachem, que assinala que atualmente ampliou-se o conjunto de deveres jurídicos aos quais a Administração Pública deve obediência. Se antes estava submetida a uma legalidade estrita, agora se passa a uma legalidade ampla. Diz-se, então, que a Administração Pública se encontra subordinada ao princípio da juridicidade. “Significa que, embora respeitados os trâmites formais exigidos pela lei para a prática do ato, desenvolvimento do procedimento ou celebração do contrato administrativo, sua validade pode ainda ser questionada por ofensa, v.g., aos princípios da moralidade [...]”.⁵³

⁵⁰ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003. p. 190.

⁵¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 57-58.

⁵² *Ibid.*, p. 58.

⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 348. No mesmo sentido, Cf. COSTALDELLO, Angela Cassia. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba, 1998. 164f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 131.

2 EFICIÊNCIA

Feita a análise da moralidade administrativa, impõe-se, agora, o exame da eficiência administrativa, de molde a estabelecer o marco teórico que será utilizado para a análise ulterior dos principais pontos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Inicia-se com um breve apanhado sobre a origem da ideia de eficiência na Administração Pública, bastante em voga nas últimas décadas, principalmente após a reforma havida no Brasil nos anos 90 do século XX, que pretendeu introduzir o modelo de Administração Pública Gerencial.

Na sequência, buscar-se-á delimitar o conteúdo do princípio da eficiência no ordenamento jurídico pátrio, em especial no que respeita ao processo administrativo.

Por fim, serão estudados os principais aspectos da Análise Econômica do Direito, tendo em vista que alguns desses serão necessários para a verificação da eficiência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Dada a complexidade do tema, optou-se por abordar as premissas principais que podem fornecer um recorte metodológico útil ao presente tema.

2.1 A ORIGEM DO IDEAL DE EFICIÊNCIA

O ideal de eficiência teria nascido de um anseio racionalista de abandono às subjetividades características das concepções medievais, permeadas pela moral religiosa. Seria, nesse aspecto, uma forma simbólica de que o Estado se utiliza para sustentar-se e, mais que isso, alcançar legitimação.⁵⁴

O mito jurídico moderno, fundado no princípio da legalidade, encontra-se atualmente, na pós modernidade, em um estágio de redução de seu potencial simbólico legitimador. Cada vez mais exsurge na mentalidade popular contemporânea o ideal de eficiência como fundamental nas relações entre indivíduos e, principalmente, como um escopo do Estado. A lei, que inicialmente surge na modernidade para colaborar com a exigência efficientista do Estado racional, o qual deve buscar a satisfação da vontade dos

⁵⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003. p. 57.

cidadãos, agora na pós-modernidade é julgada culpada, justamente pelo seu fracasso em conferir legitimidade a um ente que, em seu apogeu, é considerado ineficiente.⁵⁵

Emerson Gabardo observa que, para resolver o problema da satisfação dos interesses dos cidadãos, abandona-se o sistema legal e o próprio Direito, rumo a um paradigma a ele externo, no qual não interessa a eficiência normativa, porque se busca diretamente a eficiência, ainda que não por meio da norma. A pós-modernidade vem oferecer uma resposta até certo ponto pré-moderna ao problema: a eficiência auto-satisfativa, cujo valor é intrínseco; retorna-se ao problema inicial da legitimação moderna, com a novidade de que o novo mito, da eficiência como valor autônomo, adquire uma real potencialidade legitimadora, ainda que, no entendimento do autor, abdicando da moral e do Direito.⁵⁶

Assim, devido à crise do Direito legal, a racionalidade que propiciou o advento do Estado Social vê-se sem condições de sustentação. Cada vez mais, então, a legitimação dos poderes do Estado Democrático de Direito depende de sua capacidade de expressar e satisfazer as vontades e os interesses dos representados, o que o faz adquirir uma característica utilitarista.⁵⁷ Para Emerson Gabardo há, portanto, um fenômeno de exaltação mítica da eficiência como um valor absoluto e incontestável que, pelo seu potencial justificador do poder, é tomado como instrumento simbólico de legitimação do próprio Estado. Trata-se de um paradigma cultural em ascensão: a eficiência como um atributo caracteristicamente economicista.⁵⁸

É nesse contexto histórico pós-moderno, por conseguinte, que surge o ideal de busca da eficiência administrativa como finalidade a ser perseguida pela Administração Pública para o atendimento dos interesses dos cidadãos.

Nas últimas décadas, observou-se uma crescente preocupação com a questão da eficiência da Administração Pública no Brasil, culminando com o advento da Emenda à Constituição nº 19/1998, que introduziu no *caput* do artigo 37 o Princípio da Eficiência, cujo objetivo foi estabelecer parâmetros típicos da iniciativa privada para a prestação de serviços públicos e para a função administrativa de modo geral.

⁵⁵ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003. p. 80.

⁵⁶ Ibid., p. 81.

⁵⁷ Ibid., p. 107.

⁵⁸ Ibid., p. 12 et seq.

Evidentemente, o dever de a Administração Pública agir com eficiência não surgiu com a inclusão do Princípio da Eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição. Esse princípio, aliás, já era previsto, conforme aponta Alvacir Correa dos Santos,⁵⁹ na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, nos artigos 13 e 25, inciso V, do Decreto-lei nº 200/1967;⁶⁰ nos artigos 4º, inciso VII, 6º, inciso X, e 22 do Código de Defesa do Consumidor,⁶¹ e no artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/1995.⁶² Mesmo na Constituição de 1988, o dever de eficiência já se encontrava encartado no artigo 70, ao referir-se ao termo “economicidade”; no artigo 74, inciso II; e no artigo 144, § 7º.⁶³

Essa explicitação do Princípio da Eficiência da Constituição de 1988 deve ser entendido no âmbito da reforma administrativa levada a efeito no Brasil na década

⁵⁹ SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003. p. 183-185.

⁶⁰ “Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria”.

“Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: [...] V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados”.

⁶¹ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;”.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

⁶² “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”.

“§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

⁶³ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;”.

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”

de 90 do século XX, que buscou a introdução de um modelo gerencial de Administração Pública, focado nos resultados e finalidades. Cuida-se de uma reação ao modelo burocrático, com ênfase no controle apriorístico dos meios. A racionalidade gerencial, ao contrário, desprestigia os meios, pois a legitimidade do ato decorrerá de sua eficiência, ou seja, da satisfação do fim a que se destina.⁶⁴

Em razão desse foco nos resultados, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro afirma:

Essa nova concepção de gestão administrativa propõe um modelo que verifica sim os meios, mas se preocupa precipuamente com a realização dos resultados, do alcance primeiro do bem comum, da realização do interesse público, da máxima eficiência do ato administrativo, em outras palavras, da efetivação da justiça social através de uma gestão eficiente.⁶⁵

O modelo gerencial de gestão administrativa, portanto, está voltado à realização do interesse público, por meio da eficiência da função administrativa, com foco nos resultados, com o que se busca a satisfação dos interesses dos cidadãos e o atendimento dos valores contemplados no ordenamento jurídico.

2.2 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

2.2.1 O princípio constitucional da eficiência

Em comentário ao Princípio da Eficiência constante da Constituição argentina, Roberto Dromi sintetiza os valores e instrumentos desse novo paradigma gerencial, em lição aplicável também à realidade brasileira:

La sociedad sabe que no puede volver a un Estado ineficiente; aspira, con legítima pretensión, a asegurar la eficacia del accionar de toda la organización económica para la eficacia de la ‘concertación’ (de los planes), de la ‘regulación’ (de las contrataciones y servicios), de la ‘descentralización’ (privatización, competencia y demonopolización), de la ‘fiscalización’ (de todo), de la ‘estabilización’ (conversión y consolidación) y de la ‘promoción’ (fomento, inversión, reconversión, transmisión tecnológica y financiación).

⁶⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 48.

⁶⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 207.

Aspira a la eficacia de la organización administrativa, a efectos de lograr una administración racional de ‘bien-estar general’, no a una administración pasional del ‘mal-estar común’, acosada de legalismo y burocratismo con estructuras excesivas y obsoletas. Exige una racionalización en pro de la incorporación tecnológica; una simplificación en pro de la sencillez, eficacia y economía de trámites; una modernización en pro de los nuevos cometidos estatales, para librar la batalla definitiva por la sencillez y la simplicidad jurídicas.⁶⁶

Emerson Gabardo propõe uma interpretação sistemática do princípio da eficiência, de modo que, após sua explicitação no texto constitucional, fruto da Emenda nº 19/1998, sirva como instrumento a serviço do regime jurídico-administrativo, e não uma mera ferramenta pragmática economicista.⁶⁷

No Brasil, a eficiência, mais que um princípio de Direito Administrativo, é um princípio de Direito Constitucional, condicionante de toda a atividade administrativa do Estado, inclusive a enquadrada como da ordem econômica (constitucional ou não). Todavia, isso não implica que tal condicionamento se refira à imposição de meros critérios econômicos, pois é muito mais larga a sua natureza e abrangência.⁶⁸

Destarte, o autor afirma que a interpretação constitucional do dispositivo deve compatibilizá-lo com as normas constitucionais do Estado Social sob pena, inclusive, de o princípio da eficiência ser inconstitucional.⁶⁹ Desse modo, alerta: “Não deve ser esquecida, quando aplicado o princípio em questão, a natureza compromissória, democrática e dirigente da Constituição Federal de 1988.”⁷⁰

Considerar, portanto, a eficiência como sob o aspecto exclusivamente econômico encerra um duplo equívoco. Primeiramente, porque sua etimologia seria distinta da conotação estritamente econômica, relativa à atividade racional de obter os fins mediante os melhores meios; e, em segundo lugar, porque, ainda que o fosse, esse sentido seria perdido no momento em que o conceito foi absorvido e condicionado pela ordem jurídica.⁷¹ Finaliza Emerson Gabardo:

⁶⁶ DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 9. ed. atual. Ciudad Argentina: Buenos Aires, 2001. p. 41.

⁶⁷ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 88.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 89.

⁷¹ *Ibid.*, p. 91.

Uma concepção jurídica do princípio da eficiência refere-se, portanto, à análise de todos os aspectos exclusivamente restritos à eficiência, no seu viés economicista e sociológico, incrementada por caracteres eminentemente jurídicos. Do resultado dessa operação somatória é que nasce o princípio, que se qualifica ainda mais pela sua natureza constitucional.⁷²

Maurício Vaz Lobo Bittencourt, em contraposição ao entendimento acima exposto, fornece um viés eminentemente econômico e destaca que a eficiência é bastante próxima da ideia de economicidade, ou seja, uma boa prestação de serviços, de modo mais simples, mais rápido e mais econômico, culminando com uma melhor relação custo/benefício da atividade administrativa.⁷³

De modo um pouco diferente, fruto da formação jurídica da autora, Vanice Regina Lírio do Valle ressalta que a eficiência administrativa deve ser compreendida em seu caráter dinâmico, com uma relação de interdependência entre legitimidade, eficiência, resultado e sustentabilidade na concretização do interesse público.⁷⁴

Contrapondo a visão econômica em face da jurídica, Marçal Justen Filho afirma que há diferença entre eficiência administrativa e econômica:

[...] a eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico.⁷⁵

Basicamente, o autor apresenta a sua diferenciação a partir da finalidade, diferenciando a finalidade lucrativa da iniciativa privada da finalidade da Administração Pública, que não visaria o lucro. Todavia, cabe ponderar que esta tem formatos variados que incluem as sociedades de economia mista que, apesar da participação estatal em seu

⁷² GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 98.

⁷³ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 32.

⁷⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 11, n. 45, p. 134-137, jul./set/ 2011.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 183.

capital social, buscam o lucro em sintonia com o interesse público para remunerar os investidores privados.

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, após proceder a uma análise dos significados do termo eficiência conforme as Ciências da Administração e Econômica, afirma que “ser eficiente é alcançar o mais alto grau de resultados com o mínimo de sacrifícios, mas não necessariamente materiais. A natureza dos resultados e dos sacrifícios é estabelecida em razão da específica função que a atividade busca desempenhar.”⁷⁶ Portanto, para o autor, a eficiência implicaria em garantir os direitos estatuídos pela ordem constitucional com o menor sacrifício possível decorrente da imposição de deveres à sociedade.⁷⁷ Traçando um paralelo entre os paradigmas liberal e social da Constituição, afirma, em síntese, que “A eficiência impõe, de um lado, em face do paradigma liberal, o menor grau de atenuações de liberdades para um mesmo nível de resultados e, de outro, em razão do viés social, que, para um mesmo patamar de sacrifícios, a Administração Pública proveja a sociedade com o máximo de direitos.”⁷⁸

Interessante abordagem esse mesmo autor faz ao relacionar o princípio da eficiência com os demais do artigo 37 da Constituição. Segundo o seu entendimento, a eficiência teria um caráter instrumental, ao passo que a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade seriam finalísticos.⁷⁹ Desse modo, por ser um preceito instrumental, a eficiência qualifica condutas já delimitadas nos campos finalísticos dos demais princípios. Uma vez fixado o fim a ser atingido, delimita-se o campo de aplicação da eficiência.⁸⁰

Egon Bockmann Moreira leciona que a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 pretendeu submeter a Administração Pública a uma máxima típica da Administração e da Economia, atinente ao vínculo entre os custos e o produto final.⁸¹ O autor resume o conceito de eficiência para esses campos do conhecimento da seguinte forma:

⁷⁶ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 363.

⁷⁷ Ibid., p. 366.

⁷⁸ Ibid., p. 367.

⁷⁹ Ibid., p. 368.

⁸⁰ Ibid., p. 369.

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 4. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 181.

A eficiência apresenta basicamente três noções clássicas: (a) eficiência produtiva (ou técnica, vinculada à relação entre os fatores de produção e a quantidade de bens produzidos); (b) eficiência de Pareto (ou alocativa, vinculada à distribuição dos recursos em vista à ampliação do bem-estar social); e (c) eficiência de Kaldor-Hicks (ou ‘princípio da compensação’, em que a alocação dos recursos é eficiente quando maximiza a riqueza, independentemente de sua distribuição social). Em termos jurídicos, tais conceitos referem-se basicamente ao gerenciamento da Administração Pública, à regulação econômica e à tutela da concorrência.⁸²

Dessa forma, o autor também propõe uma interpretação do instituto de forma integrada e coerente com os demais dispositivos constitucionais, na medida em que a “aplicação da norma constitucional tem como ponto de partida o texto da Constituição e a sua integração aos fatos (bem como o que nos ensinam as demais ciências).”⁸³ Em resumo, a eficiência seria uma “nova forma de controle” e compreenderia os seguintes aspectos: i) necessidade de o ato administrativo cumprir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, ou seja, de produzir o efeito útil previsto na lei, com respeito à transparência, moralidade e impessoalidade; ii) maximização do respeito à dignidade da pessoa humana, que é a finalidade básica da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito; iii) é um modo de avaliação interna dos servidores públicos, para o controle do desempenho funcional desses; iv) dirige-se ao controle de metas administrativas preestabelecidas nas normas legais. Nesse ponto, aproxima-se da definição econômico-administrativa do termo, retratando a relação entre os objetivos definidos previamente e aqueles alcançados.⁸⁴

A seu turno, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende o princípio da eficiência como:

[...] a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.⁸⁵

⁸² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 4. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 181.

⁸³ Ibid., p. 187.

⁸⁴ Ibid., p. 204-208.

⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103.

O autor procede a uma interessante análise, segundo a qual o princípio da eficiência nasce da conjugação de duas linhas de pensamento: de um lado, o conceito de eficiência, estranho à Ciência do Direito, como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados e, posteriormente, como uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos; e, de outro lado, os estudos jurídicos relativos ao conceito de boa administração, voltada à eficiência da ação da Administração Pública. De acordo com essa última linha de pensamento, exige-se que os atos administrativos sejam praticados com qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei. Esses parâmetros podem ser estabelecidos sob os seguintes critérios: tempo, recursos utilizados, generalidade do atendimento ou respostas dos usuários dos serviços públicos.⁸⁶

De maneira semelhante, Alvacir Correa dos Santos, após proceder a uma diferenciação entre eficiência e eficácia, valendo-se de diversos autores, assinala que a primeira estaria relacionada ao melhor aproveitamento possível dos meios, enquanto que a segunda seria atinente à obtenção de resultados.⁸⁷ Na sequência, afirma que o Princípio da Eficiência inscrito no *caput* do artigo 37 da Constituição engloba ambas as noções e conclui que a eficiência seria um reclamo contra a burocracia estatal, visando a combater a malversação dos recursos públicos, a falta de diretriz e de planejamento e, ainda, os ônus causados por sucessivos erros, e compreenderia: i) a produção dos efeitos desejados, com respeito à igualdade, à imparcialidade e à objetividade; e ii) a aptidão para prestar serviços à sociedade, com respeito ao cidadão e com a geração de benefícios para todos.⁸⁸ Visto em conjunto com os demais valores protegidos pela Constituição, constitui um instrumento para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.⁸⁹

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103.

⁸⁷ SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003. p. 186-189.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 190.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 193. No mesmo sentido, Cf. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno**: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 199. “A partir de então, com o princípio da eficiência positivado no texto constitucional, aumenta-se o seu espectro, passa a conformar tanto a noção de eficiência quanto eficácia da atuação administrativa, ou seja, o princípio da eficiência preocupa-se com os meios empregados e com o atingimento de seus resultados,

Nesse passo, é também valiosa a diferenciação a que procedeu Carlos Ary Sundfeld, para quem o Direito Administrativo Brasileiro divide-se em Direito Administrativo do Clipes (DAC) e Direito Administrativo dos Negócios (DAN). O primeiro ocupa-se de atividades estatais de regulação, tais como processos administrativos de licenciamentos, registros e fiscalização, além da gestão financeira, de pessoal e de patrimônio da Administração Pública direta e das autarquias. É a manifestação da burocracia estatal.⁹⁰

Já o Direito Administrativo dos Negócios está focado nos resultados e, para tanto, gerencia a escassez de tempo e de recursos, baseando-se na relação custo/benefício. Na Administração Pública o DAN está presente, por exemplo, nas entidades que disputam mercado (empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica) ou que são responsáveis por serviços públicos de primeira necessidade (transporte público, segurança, coleta de lixo etc.) ou a perdas eleitorais (saúde, educação, financiamento agrícola etc.). Nesses casos, a busca de resultados é necessária.⁹¹ Para esse segundo Direito Administrativo, na diferenciação a que procedeu o autor, parece adequado falar-se em economicidade e na aplicação de conceitos de economia para a busca da eficiência. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão assinala:

As necessidades da eficiência, na qual está contida, como veremos, a economicidade, não devem ser solucionadas pelo menosprezo à lei (aqui, naturalmente, entendida como "bloco de juridicidade"), mas sim pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.⁹²

uma vez que não constitui um fim em si mesmo e deve estar corroborado por todos os demais princípios do texto constitucional".

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ary. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 147.

⁹¹ *Ibid.*, p. 148.

⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, a. 11, n. 57, set./out. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=63184&p=16>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Em outra passagem, esse mesmo autor, a exemplo de Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, destaca que a eficiência não é apenas a maximização do lucro, mas sim o melhor atendimento do interesse público que incumbe ao Estado, obtendo a maior realização das finalidades inscritas no ordenamento jurídico, com o menor sacrifício possível, tanto de índole financeira para o Estado quanto de liberdades para os cidadãos.⁹³

Phillip Gil França, ao comentar sobre o princípio da eficiência, traça a seguinte definição de eficiência administrativa:

indica a atuação estatal em conformidade com padrões de conduta preestabelecidos e conforme verificação de atendimento de tais requisitos de correção dos exercícios públicos, voltados ao atendimento de objetivos definidos como hábeis para a viabilização do sistema estatal.⁹⁴

Em abordagem sobre o princípio da eficácia do Direito espanhol, Luciano Parejo Alfonso traça a seguinte distinção entre eficácia e eficiência:

Quizás pueda decirse, resumiendo, que mientras la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad dirigida a un fin. En todo caso, entre ambas nociones existe una muy estrecha relación.⁹⁵

A eficiência, então, segundo o autor espanhol, toma corpo e existência na transição da potência para o ato.⁹⁶ Em seguida, ao analisar o significado que esses termos possuem para a ciência econômica, o autor aponta que a eficiência opera em um plano abstrato ou sistêmico, atendendo à alocação dos recursos disponíveis em um dado sistema econômico, ao passo que a eficácia seria o grau com que se alcançam os objetivos propostos ou a atuação para cumprir tais objetivos.⁹⁷ Assim, conclui que a relação entre as noções de eficiência e eficácia consiste em que a atuação da eficiência é

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 375.

⁹⁴ FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 108.

⁹⁵ ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración: tres estudios**. Madrid: INAP – BOE, 1995. p. 92.

⁹⁶ Ibid., p. 93.

⁹⁷ Ibid., p. 93-94.

específica e estritamente econômica; já a da eficácia é organizativa ou administrativa, constitui a manifestação administrativa da eficiência econômica.⁹⁸

Ainda, sob o enfoque da teoria das organizações e da gestão, prossegue esclarecendo que a eficiência deve ser entendida como a relação entre *input* e *output*,⁹⁹ medindo a melhora alcançada mediante o incremento do produto sem um aumento equivalente do *input* ou mediante a redução dos recursos para um mesmo *output* ou, ainda, fazendo ambas as coisas.¹⁰⁰

Deve-se, então, segundo Luciano Parejo Alfonso, distinguir entre: a) *eficiência técnica* (relação entre recursos físicos e resultados físicos) e *eficiência econômica* (relação entre custos de utilização dos recursos e o valor dos resultados), dando-se mais importância à última; b) No âmbito da eficiência econômica, por sua vez, distingue-se a *eficiência na alocação* (distribuição ótima dos recursos disponíveis) e a *eficiência produtiva* (rendimento na utilização dos recursos disponíveis; produção ao mínimo custo). A ciência da gestão foca-se nessa última; c) *eficiência operativa* (alusiva à pressão, em ambiente estável, sobre a consciência do custo no desenvolvimento das funções; relaciona-se com o planejamento de longo prazo, a formulação de objetivos, a fixação de padrões de atividade, especialização, padronização de procedimentos; e o estabelecimento de estruturas fixas) e *eficiência adaptativa* (relacionada com um ambiente evolutivo e cambiante e, portanto, com a reformulação de objetivos e a flexibilidade). É necessária uma aplicação ponderada de ambas; d) *eficiência e eficácia* (medida em que se realizaram os objetivos desejados ou programados).¹⁰¹

Ao final, em síntese, o autor espanhol diferencia os princípios da eficácia (com assento na constituição espanhola) e da eficiência. Quanto a esse último:

se circunscribe a los recursos publicos que posibilitan la acción del Estado o gasto público; tiene por destinatario a todos cuantos poderes publicos tengan disposición sobre la determinación, distribución, asignación y aplicación de dichos recursos (lo que vale decir todos los poderes publicos, incluido y en

⁹⁸ ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: tres estudios. Madrid: INAP – BOE, 1995. p. 94.

⁹⁹ Ibid., p. 95. O autor, com base na teoria geral dos sistemas, explica que as organizações seriam sistemas concretamente abertos que transformam a energia de que dispõem – *input* – e criam um novo produto – *output* (processam informação, formam pessoas ou proporcionam um serviço). Trata-se do modelo *input-transformação-output*.

¹⁰⁰ Ibid., p. 96.

¹⁰¹ Ibid., p. 97-98.

primer término el legislativo); y predica exclusivamente la mejor gestión posible en los términos que vimos al tratar del significado de la eficiencia en la ciencia económica y la gestión o el *management* públicos.¹⁰²

Do mesmo modo, ao tratar do conceito de eficiência denominado substantivo, Fernando Leal adverte que esse não se limita ao critério de economicidade:

A releitura jurídica do conceito de eficiência agrega exigências que vão além do que se entende por conduta eficiente em outras áreas do saber. Não basta mirar os custos; há de se considerar sempre as finalidades e o atendimento de certos requisitos materiais mínimos para que esteja realizado o dever de eficiência. A eficiência pressupõe a economicidade, mas vai além dela.¹⁰³

O autor questiona se a eficiência seria de fato um princípio jurídico, ao que assevera que isso depende do conceito de princípio que seja adotado.¹⁰⁴ Segundo seu entendimento, o que se costuma vincular à realização do “princípio” da eficiência espelha, na verdade, uma confusão entre o fim imediato que se busca e o modo pelo qual se busca realizá-lo.¹⁰⁵ Assim, para analisar a natureza principiológica do instituto, seria necessário perquirir a ideia de finalidade, pois a definição de um princípio jurídico requer i) a delimitação do estado de coisas almejado e ii) a vinculação de sua realização ao sistema jurídico.¹⁰⁶ No caso da eficiência, é necessário saber se existe um estado de coisas autônomo e desejável buscado pela própria norma ou se ela seria um instrumento que pauta a realização de outros fins independentes.¹⁰⁷ E conclui:

Caracterizá-la como princípio é possível tanto através de uma investigação ética ou de filosofia do direito que identifique a eficiência como valor, como pelo exame da estrutura da norma. No primeiro caso basta o recurso à tese alexyana, aparentemente também endossada por Ávila, da existência de uma ampla conexão estrutural entre princípios e valores. Se é possível conceber eficiência como algo desejável pela expressa manifestação da preferência do constituinte, então basta relacionar este “bem” com o “dever” de realizá-lo. Coleman, por exemplo, descreve o papel das instituições jurídicas, em uma abordagem econômica do direito, como facilitador do desenvolvimento e

¹⁰² ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: tres estudios. Madrid: INAP – BOE, 1995. p. 106-107.

¹⁰³ LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 15, ago./out, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

retificador de algumas distorções do mercado, condições necessárias para promover um estágio de distribuição de recursos (resources) eficiente. O mercado maximiza a interação social e contribui para a estabilidade porque é uma forma apropriada de organização racional sob certas circunstâncias empíricas, como heterogeneidade de valores, diversidade cultural e dispersão geográfica. Um funcionamento, portanto, adequado desse modelo, que atribui ao direito o papel importante de redutor de custos de transação, porquanto considera a eficiência em si valiosa, passa a ser buscado como um dever. Regras que regulam contratos, responsabilidade ou que objetivam celeridade processual são exemplos de meios que promovem resultados eficientes no campo privado.¹⁰⁸

Nesse aspecto, a eficiência, ao subscrever metafinalidades, seria a versão nacional do dever de boa administração do Direito italiano, como princípio setorial voltado à Administração Pública,¹⁰⁹ conforme já foi visto anteriormente e será mais bem detalhado na sequência.

Essa visão parece próxima daquela defendida por Onofre Alves Batista Júnior, para quem é preciso diferenciar a eficiência como um valor em si da eficiência como critério de controle. Esse último seria um juízo de coerência entre os fins pretendidos e a ação, ao passo que a eficiência como um valor, a eficiência substancial, seria um atributo da ação, o que permite aferi-la *a priori* e não somente *a posteriori*.¹¹⁰ Logo, o controle de eficiência seria possível quando a Administração Pública está articulando os meios para a consecução dos fins, o modo e o tempo de um procedimento e ponderando os interesses intervenientes para buscar o fim imediato perseguido, mesmo antes que os resultados sejam alcançados. O princípio da eficiência, então, seria um vetor da atividade administrativa.¹¹¹ Os referenciais de eficiência administrativa não estabelecem as finalidades que devem ser buscadas pela atividade administrativa (essas estariam dispostas no ordenamento jurídico), mas favorecem a otimização da satisfação dessas finalidades.¹¹² Segundo o autor, atuam como referenciais de eficiência os cânones de experiência (costumes e a praxe administrativa), as regras técnicas de boa administração (referenciais da Ciência da Administração que devem ser ponderados

¹⁰⁸ LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 15, ago./out, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 327-328.

¹¹¹ Ibid., p. 328.

¹¹² Ibid., p. 333.

pelo agente público em sua decisão, juntamente com outros de natureza ética, política e, até mesmo, de bom senso) e as regras internas de boa administração (expedidas no interior da Administração Pública, dirigidas aos seus agentes e decorrentes do poder hierárquico).¹¹³

2.2.2 A eficiência, a moralidade e a boa administração

Sem descuidar do aspecto econômico da eficiência administrativa, não se pode perder de vista que a atividade estatal se volta para a realização do interesse público, com respeito aos demais princípios constitucionais, e, nesse sentido, nem sempre irá coincidir com os objetivos de persecução do lucro característicos da iniciativa privada. Como bem alerta Romeu Felipe Bacellar Filho, da aplicação do princípio da eficiência com observância do núcleo constitucional integrante das cláusulas pétreas da constituição decorrem duas consequências: i) deve o princípio estar em constante processo de aplicação conforme à constituição, de modo a evitar que atente contra a identidade dessa; e ii) na interação com os demais princípios da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade – participará da ponderação necessária para a aplicação desses princípios ao caso concreto.¹¹⁴ Daí o motivo pelo qual a aplicação de instrumentos típicos da atividade privada na Administração Pública deve cercar-se de cautelas.

Atentando-se para essa finalidade pública, com respeito aos demais princípios do regime jurídico-administrativo, observa-se que as noções de eficiência, moralidade e razoabilidade estão intimamente ligadas ao dever de boa administração.¹¹⁵ De fato, embora o ordenamento jurídico brasileiro não consagre expressamente o direito fundamental à boa administração, sua aplicação prática e sua fundamentação decorrem diretamente dos princípios informativos da Administração Pública.¹¹⁶

¹¹³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 334-342.

¹¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222-223.

¹¹⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 133.

¹¹⁶ Cf. CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382.

Traçando-se uma escala evolutiva dos sistemas de controle do Estado, desde o absolutismo, passando pelo Estado Liberal, pelo *Welfare State*, até chegar ao estágio pós-moderno atual, Bruno Santos Cunha assinala que o Estado de Direito legalista e formal, submetido à legalidade estrita e ao rígido controle burocrático como forma de garantia das liberdades dos cidadãos, não correspondia às necessidades de um Estado prestacional, que atuasse em prol dos cidadãos para a promoção da igualdade material. Daí a exigência de uma mudança de paradigma, em que a legalidade estrita e a atuação mecanizada são substituídas pela juridicidade da Administração Pública (sujeição ao Direito), com base nos elementos finalidade, eficiência e resultados, o que evidencia o direito fundamental à boa administração, para a obtenção de resultados e a melhora da atuação administrativa em termos materiais.¹¹⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, que não concebe o princípio da eficiência senão na intimidade do princípio da legalidade, como foi visto anteriormente, afirma que aquele seria uma das facetas do princípio da boa administração, mais amplo, conforme tratado no Direito italiano.¹¹⁸

De fato, o assunto é tratado no artigo 97 da constituição italiana como princípio do bom andamento.¹¹⁹ Sobre o tema, confira-se o escólio de Fausto Cuocolo:

Il principio del buon andamento dell'amministrazione (o, più sinteticamente, di buona amministrazione) è più un principio politico – cioè di politica amministrativa – che non tecnico giuridico, e fa sorgere a carico sia del legislatore sia dell'amministrazione il dovere di adottare strumenti organizzativi idonei al suo concreto raggiungimento [...].¹²⁰

¹¹⁷ CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 385-386.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 125. Para um resumo do princípio da boa administração no Direito Comparado, Cf. CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 393-401.

¹¹⁹ “Art. 97. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.”

“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione.”

“Nell’ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.”

“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.”

¹²⁰ CUOCOLO, Fausto. **Instituzioni di diritto pubblico**. 10. ed. Milão: Giuffrè, 1998. p. 429.

O conceito visa a assegurar a eficiência, a rapidez, a correção e a congruência da ação administrativa no que se refere ao atingimento do interesse público, segundo o jurista italiano.¹²¹

Por sua vez, Juarez Freitas assim define o direito fundamental à boa administração:

trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.¹²²

O autor desdobra o conceito nos seguintes direitos: a) direito à Administração Pública transparente; b) direito à Administração Pública dialógica, ou seja, respeitadora do devido processo legal; c) direito à Administração Pública imparcial; d) direito à Administração Pública proba, vedadas condutas éticas não-universalizáveis; e) direito à Administração Pública respeitadora da legalidade temperada;¹²³ e, finalmente, f) “direito à Administração Pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.”¹²⁴

Também Hely Lopes Meirelles, ao tratar sobre o dever de eficiência da Administração Pública, relaciona tal conceito ao dever de boa administração do Direito italiano e lembra que a verificação da eficiência do serviço deve atingir os aspectos qualitativo e quantitativo, para avaliar seu efetivo rendimento, o custo operacional e a real utilidade para a população e a própria Administração Pública. Assim, segundo seu entendimento, o controle do dever de eficiência desenvolve-se na linha tríplice administrativa, econômica e técnica.¹²⁵

¹²¹ CUOCOLO, Fausto. **Instituzioni di diritto pubblico**. 10. ed. Milão: Giuffrè, 1998. p. 430.

¹²² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

¹²³ *Ibid.*, p. 20-21.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

De fato, Angela Cassia Costaldello, tratando do controle da atividade do Estado, com o fito de avaliar o cumprimento de políticas públicas e a concretização do princípio da boa administração, leciona:

Pode-se, pois, buscar eliminar dentre todos os meios disponíveis à Administração Pública, aqueles comprovadamente ineficientes para a observância dos fitos constitucionais. O objetivo desse procedimento é buscar garantir uma eficácia mínima das ações estatais. E isso porque as políticas públicas necessitam contribuir com uma eficiência mínima para alcançar os propósitos assegurados pela Constituição.¹²⁶

Ao sintetizar os objetivos do constituinte reformador com a introdução do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição, Alvacir Correa dos Santos destaca a necessidade de observância dos parâmetros morais da seguinte forma:

a introdução do princípio da eficiência pretendeu deixar claro que a atuação do administrador, além de se dar com presteza, agilidade, perfeição e rendimento, deve ser feita nos limites da lei, sempre voltada para o alcance de uma finalidade pública, respeitando-se parâmetros morais válidos e socialmente aceitáveis.¹²⁷

É exatamente no princípio da boa administração, então, que a busca pela eficiência e pela moralidade da ação estatal se entrelaçam, pois o dever de bom andamento representa um imperativo moral para a Administração Pública de buscar o fim específico explícita ou implicitamente previsto na Constituição, nas normas infralegais e administrativas – bloco de juridicidade – como o interesse público em uma determinada ação administrativa, agindo de modo eficiente.

2.2.3 A eficiência no campo do processo administrativo e da licitação

O *caput* do artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/1999 prevê que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade,

¹²⁶ COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010. p. 22.

¹²⁷ SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003. p. 194.

finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.¹²⁸

Ao tratar do tema no âmbito do processo administrativo, Egon Bockmann Moreira evidencia que a eficiência processual deve garantir um “processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo.”¹²⁹

Celeridade implica em atos processuais praticados contínua e coordenadamente no menor tempo possível.¹³⁰

Simplicidade do processo administrativo significa despi-lo de formalidades desnecessárias para o atingimento da finalidade pública.¹³¹

Por finalidade predefinida, entende-se que a relação jurídica processual não pode ter objetivos abstratos ou genéricos. As partes devem ter plena ciência do fim a que se destina.¹³²

A economia processual está ligada à ideia de máxima concentração de atos, encadeados de forma racional para evitar-se a sua repetição desnecessária e a consequente procrastinação do ritmo processual, com vista à decisão final.¹³³

Efetividade, integrada ao conceito de eficiência, diz respeito à realização dos fins processuais, devendo o ordenamento jurídico necessariamente dispor dos instrumentos para a tutela de direitos e a possibilidade de sua utilização prática. Ademais, deve possibilitar ampla atividade probante, para que o órgão julgador aproxime-se da realidade. Finalmente, seu resultado deve ser obtido com o mínimo dispêndio de energia.¹³⁴

Sem adentrar no tema da distinção entre processo e procedimento¹³⁵ e adotando-se a posição de Odete Medauar, para quem licitação é “o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar

¹²⁸ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

¹²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 4. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 209.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Ibid., p. 212.

¹³² Ibid., p. 215.

¹³³ Ibid., p. 216.

¹³⁴ Ibid., p. 221.

¹³⁵ Para um resumo do tema, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40-60.

contrato com a Administração”,¹³⁶ os parâmetros relacionados nos itens anteriores, a respeito da eficiência administrativa, lhe são inteiramente aplicáveis.

Adentrando especificamente o tema em estudo, a Lei Federal nº 12.462/2011, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, no seu artigo 1º, § 1º, inciso I, determina que essa modalidade licitatória tem como um de seus objetivos ampliar a eficiência nas contratações públicas.¹³⁷ Ainda, o artigo 4º, inciso III, dessa lei estatui uma série de diretrizes relacionadas à eficiência, a saber: busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância, dentre outros.¹³⁸

Como foi visto anteriormente, a eficiência não pode apartar-se de seu conteúdo econômico, ainda que a ele não se limite.

Em um país marcado por forte intervenção do Estado na economia, ocupando papel destacado como propulsor do desenvolvimento econômico, é natural que o tema das licitações seja um dos mais tradicionais e debatidos do Direito Administrativo. O que se propõe, portanto, é um enfoque do instituto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas com vista a maximização do custo/benefício das

¹³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 178. A autora entende que a licitação é um processo porque “além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes – interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições”. p. 178. No mesmo sentido, Cf. CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: _____; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle). Para o autor, a licitação pode ser definida como “processo administrativo que tem por finalidade direta e imediata a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, para contratação de seu interesse, mediante competição isonômica entre os eventuais interessados que atendam aos requisitos estabelecidos em lei, e minudenciados em instrumento convocatório do certame [...]. Trata-se de processo porque implica relação jurídica entre quem promove a licitação e os que dela venham a participar, com a possibilidade de exercício do contraditório, e que se desenvolve consoante rito procedimental preestabelecido [...]. É processo administrativo porque implica exercício de função administrativa, submetido, portanto, a regime jurídico administrativo, condicionador de sua validade e eficácia. E processo em larga medida vinculado [...]”

¹³⁷ “Art. 1º, § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;”

¹³⁸ “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;”

contratações pela Administração Pública. É necessário, então, o conhecimento de alguns conceitos da Ciência Econômica, aplicados ao âmbito jurídico. Para tanto, recorrer-se-á ao instrumental da Análise Econômica do Direito, linha de pesquisa que vem ganhando destaque nos últimos anos no Brasil, sendo já largamente difundida nos Estados Unidos e na Europa.

2.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.3.1 Breve contextualização

A princípio, o Direito e a Economia são ciências completamente distintas. A Economia se ocupa da maneira como as escolhas e as decisões dos indivíduos e da sociedade contribuem para satisfazer as necessidades individuais e coletivas, considerando os recursos disponíveis. Já o Direito procura regular a conduta humana para disciplinar a convivência em sociedade.

Considerando-se que a Economia se volta para o estudo do atendimento das necessidades materiais da sociedade, é natural que o Direito seja objeto da análise econômica, assim como outros temas, como o indivíduo, as empresas, o mercado, o Estado etc. Ludwig Von Mises afirma que a Economia é a mais nova das ciências e, nesse sentido, “abriu para as ciências humanas um domínio até então inacessível, no qual não se havia jamais pensado.”¹³⁹

Logo, a utilização de conceitos econômicos para analisar o Direito não é uma novidade. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau apontam que essa ideia remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke e aos filósofos escoceses do Iluminismo.¹⁴⁰

A Análise Econômica do Direito, contudo, tem origem nos Estados Unidos. O marco histórico considerado como surgimento da AED foram os textos escritos por Ronald Coase (*The nature of the firm*, no ano de 1937, e *The problem of social costs*, em 1960) e Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, de 1961).

¹³⁹ MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 21.

¹⁴⁰ MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

Emerson Gabardo assevera que, a partir da década de 1980, mediante o aporte teórico da Escola de Chicago, introduziu-se a análise econômica do Direito nas decisões. Assim, passou-se a defender a utilização da eficiência econômica como único objetivo, em desprezo às demais funções da legislação, pois, segundo essa corrente, nenhum objetivo assegura tão bem o bem-estar dos consumidores do que a eficiência.¹⁴¹

Com efeito, Ivo Teixeira Gico Junior, resume da seguinte maneira o instituto da AED:

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

[...]

Assim, quando se fala em análise econômica, não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato, poluir ou não poluir) [...].

A Análise Econômica do Direito, portanto, nada mais é que a aplicação desse método para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. A AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.¹⁴²

Ainda, para Fábio Nusdeo, a AED pode ser traduzida nos seguintes moldes:

os estudos relativos à interface Direito-Economia, sobretudo nos Estados Unidos, encaminharam-se mais na direção de identificar as implicações ou consequências da legislação sobre o desempenho econômico, seja da economia de um país (macroeconomia) seja de seus vários setores ou mercados individualmente considerados microeconomia. A isso, chama-se aqui e em outros países de direito codificado de análise econômica do Direito e, sobretudo nos Estados Unidos de ‘Law and Economics’, uma disciplina muito mais atuante no campo da Economia do que no do Direito.

[...]

Os juristas e a sociedade em geral frequentemente fazem indagações do tipo: sanções econômicas de caráter punitivo sobre empresas poluentes levarão a uma elevação de seus custos. Como isto repercutirá nos níveis de emprego e de exportações dessas indústrias. Ou, então, a imposição de penas mais severas aos criminosos levarão a uma diminuição da criminalidade ou a

¹⁴¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003. p. 147.

¹⁴² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-20.

esquemas mais engenhosos de burlar as leis? Esse, basicamente, vem a ser o campo de estudos chamado em inglês de 'Law and Economics'.¹⁴³

A AED tem vertentes positivas e normativas. Trata-se de uma ferramenta que tenta explicar e prever o comportamento das partes e das pessoas reguladas pelo Direito. Da mesma forma, tem por pretensão aperfeiçoar as leis, ao elencar consequências não desejadas ou não pretendidas pelas leis existentes ou propostas, seja quanto à eficiência econômica, seja quanto à distribuição de renda e riquezas ou, ainda, de outros valores.¹⁴⁴

Cuida-se, por conseguinte, de um instrumento que consiste na utilização de modelos econômicos para a compreensão das decisões tomadas pelos sujeitos em face das leis, visando ao aperfeiçoamento dessas últimas.

2.3.2 Pressupostos

Sem ter o objetivo de abordar todos os pressupostos da AED, serão escolhidos alguns deles em função do tema das licitações. Assim, como pressupostos da AED, podem ser apontados os seguintes:

(1) existe maximização racional das necessidades humanas; (2) os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar seu comportamento racional; (3) regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social.¹⁴⁵

O primeiro pressuposto é o da maximização racional. Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses egoísticos, pessoais. Assim, na formulação de

¹⁴³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 331-332.

¹⁴⁴ POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Chicago, n. 53, 1998. p. 2. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/608/>. Acesso em: 09 jan. 2018.

¹⁴⁵ SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, André. (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89.

teorias, deve-se partir da premissa de que os indivíduos calculam para alcançar os maiores benefícios aos menores custos.¹⁴⁶

Para a Economia, a racionalidade do agente é a lógica que dirige os agentes econômicos (pessoas, governos ou empresas). Segundo a concepção de racionalidade, o agente econômico racional é aquele que adota um comportamento maximizador nas variadas formas da vida; ou seja, quando se vê na contingência de tomar uma decisão, o agente econômico elege a conduta que, segundo seu juízo, irá maximizar seus benefícios e minimizar eventuais custos.¹⁴⁷

A racionalidade do comportamento humano pode ser moldada a partir de incentivos. Destarte, ao ser apresentado a opções que tendam a maximizar seus benefícios, o agente econômico tenderia a adotá-las, caso seus ganhos se revelassem maiores do que seus custos.¹⁴⁸

Finalmente, com base no último desses pressupostos, as normas devem incentivar a melhor aplicação possível dos recursos públicos, em homenagem ao princípio da eficiência. Trata-se, em outras palavras, da melhor relação custo/benefício. Portanto, ao elevar a eficiência à condição de princípio constitucional passa a ter que adotar um conjunto de incentivos que permita atingi-la e isso deve ser feito através das regras aplicáveis às licitações. Assim, a Economia, neste caso, não pode desconsiderar os constrangimentos legais.¹⁴⁹

2.4 IMPERFEIÇÕES DO MERCADO, EXTERNALIDADES, *TRADEOFFS* E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

Raramente as condições perfeitas de mercado são verificadas na prática. Quando isso ocorre, diz-se que há uma falha ou imperfeição de mercado. Dentre as mais

¹⁴⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. (Coord.). **Trenta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

¹⁴⁷ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: BENETTI, Luciano. (Org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 184.

¹⁴⁸ STRINGARI, Amana Kauling. A influência econômica sobre o direito administrativo: uma proposta neoadministrativista. Florianópolis, 2015. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 97.

¹⁴⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3.

comuns, estão as externalidades e a informação incompleta ou assimétrica dos participantes em uma operação.¹⁵⁰

Todas as vezes em que uma transação resulta não apenas em custos ou benefícios individuais para as partes envolvidas, mas também em custos ou benefícios para terceiros, haverá uma externalidade positiva ou negativa. Será positiva se produzirem algum tipo de benefício. Por outro lado, se forem transmitidos custos, será uma externalidade negativa.

As averiguações propostas pela corrente da AED são centradas na conduta dos indivíduos. O conjunto das escolhas individualmente realizadas pelo agente econômico resultará no comportamento coletivo.¹⁵¹ Nesse enfoque individual, importa analisar a ideia de *tradeoffs* ou custo de oportunidade, o qual pode ser conceituado como “o melhor uso alternativo que se encontre”.¹⁵²

Amana Kauling Stringari lembra que os *tradeoffs* constituem as escolhas feitas ao longo do tempo por um governo ou uma empresa, e irão delinear os aspectos subjetivos que formam este agente econômico:

Os *tradeoffs* estão intimamente relacionados à existência da escassez. Os recursos disponíveis, monetários ou não, são escassos e, diante das necessidades ilimitadas, faz-se necessário que os agentes realizem escolhas. O pressuposto da escassez torna premente a escolha na alocação de recursos de ordem individual e coletiva, conforme se verifica nas dotações orçamentárias que destinam recursos a determinadas políticas públicas.¹⁵³

A aplicação no campo das licitações é de fácil percepção. Ao decidir pela contratação de determinado produto ou serviço, o agente público responsável deve perquirir esses aspectos para decidir pela melhor contratação para a Administração Pública, considerados os custos envolvidos e a dotação orçamentária disponível. Veja-se que não há incompatibilidade entre a perspectiva econômica e a do interesse público envolvido. Algumas vezes a relação custo/benefício não pode ser invocada porque o direito envolvido, numa determinada política pública, não é suscetível de quantificação.

¹⁵⁰ MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122.

¹⁵¹ STRINGARI, Amana Kauling. A influência econômica sobre o direito administrativo: uma proposta neoadministrativista. Florianópolis, 2015. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 103.

¹⁵² MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 119.

¹⁵³ STRINGARI, Amana Kauling. Op. cit., p. 104.

Entretanto, no processo licitatório coexistem as eficiências de natureza econômica e administrativa na medida em que envolve a alocação dos recursos públicos para a execução daquela política. Assim, embora tenha limitações em sua aplicação, no processo licitatório é plenamente justificável a aplicação da AED e seus pressupostos.

Desse modo, a definição do objeto licitado e do formato do processo, dentre as várias escolhas disponíveis, encerra uma atividade racional do agente público ou, no caso, do agente econômico. Para isso, importa que sua decisão seja calcada na lógica. Luiz Alberto Blanchet traça alguns parâmetros que devem balizar a atividade do agente público:

o agente não deve somente agir ou omitir-se de acordo com o interesse público, mas também raciocinar pelo Estado. Este, aliás, é um inevitável imperativo lógico, visto que ninguém assume conduta adequada sem prévia (e concomitantemente) raciocinar. E raciocinar em nome do Estado corresponde a elaborar a “vontade” coletiva, a qual [...] é lógica e não psicológica.

Cabe, portanto, ao agente descobrir a vontade do Estado objetivamente, isto é, mediante recurso a critérios lógicos e não psicológicos. Pelo processo psicológico, o indivíduo busca saber o que ele próprio quer ou necessita, com base em seus interesses e preferências pessoais. Pelo critério lógico, o mesmo indivíduo, ao agir em nome do Estado, deve descobrir o que a coletividade necessita ou deseja, e a isto ele não poderia proceder senão a partir da investigação objetiva da situação concreta e com base nas normas jurídicas. Na investigação da vontade do Estado, o agente deve observar, além das peculiares exigências de cada problema concreto cuja solução compete à Administração, a necessidade de desenvolvimento futuro e, naturalmente, a sustentabilidade do empreendimento idôneo para solver o problema de interesse público.¹⁵⁴

Por outro lado, no consentâneo à assimetria de informações das partes envolvidas, pode-se afirmar que o problema é mitigado no procedimento licitatório. Como as regras são previamente estabelecidas, tanto pela lei de regência quanto pelo ato convocatório publicado pela Administração Pública, a tramitação do procedimento e os critérios de seleção são do conhecimento de todos com antecedência. Ademais, a licitação instaura a competição entre agentes econômicos de um mesmo setor do mercado, os quais, como é de se esperar, dispõem das informações necessárias para a

¹⁵⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo**: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 49.

confeção da proposta e, via de regra, até mesmo sobre os aspectos técnicos dos produtos e serviços de seus concorrentes.¹⁵⁵

2.4.1 A obrigação de licitar e o conceito de *value for money*

Rememore-se que o procedimento licitatório visa à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, dentre os objetivos insculpidos no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993. Para que se obtenha a melhor proposta, é imprescindível que haja competição entre os proponentes. Nesse panorama, como observam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a licitação busca, antes de tudo, concretizar uma escolha de *Best Value for Money*. Segundo os autores, esse conceito “pretende correlacionar os custos à eficiência, por meio de cálculos comparativos, a fim de gerar uma decisão consistente [...]”¹⁵⁶ O objetivo é criar parâmetros e avaliar o projeto no tempo. Em suma:

deve-se averiguar quanto custa determinado projeto ao longo de sua vida útil, através de um rol de questões associadas ao caso concreto. Os custos são maiores ou menores na modalidade de contratação direta, na concessão comum ou na PPP? A manutenção do bem em toda a sua vida útil é permitida pelos paradigmas de responsabilidade fiscal? A Administração Pública dispõe de maturidade e conhecimento técnico que autorizem a promover uma contratação integrada do RDC? Ou um Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI? O escopo é o de que o procedimento de VFM permita expandir e comparar a gestão de riscos, o padrão da prestação, a alocação de recursos e os resultados de gestão da infraestrutura.¹⁵⁷

Na mesma linha, João Henriques Pinheiro, abordando os requisitos para a outorga de obras públicas por meio de parcerias público-privadas, trata dos termos identitários fundamentais das parcerias, que seriam o *Value for the Money* e o *Public Sector Comparator*. O *Value for Money* seria uma relação entre os custos globais e os benefícios financeiros, econômicos e sociais do projeto, nos seguintes termos:

Valor que resulta da relação entre o equilíbrio entre os custos globais (ciclo de vida total do projecto) e os benefícios financeiros, económicos e sociais do

¹⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 122.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 119.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 120.

mesmo. É um conceito relacionado com a eficiência, pois permite comparar o dispêndio entre a solução de investimento imediato e a escalonada ao longo do tempo.¹⁵⁸

Logo, com base no primeiro termo, se o valor total atual do custo da oferta pelo setor privado for menor que o valor líquido atual do custo de base do serviço, aferido em função dos riscos que o Estado continua a suportar, ajustamentos por riscos transferíveis e efeitos de neutralidade concorrencial, a parceria público-privada estará justificada.

Por outro lado, com base no segundo termo:

- a) o lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins [...];
- b) será necessária a demonstração da inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira.¹⁵⁹

Esses conceitos tornam mais objetiva a análise dos custos da contratação e dos custos de oportunidades por parte do agente público. Além disso, facilitam a tarefa de delimitar os aspectos técnicos do objeto que se pretende contratar e os futuros custos de fiscalização e manutenção dos contratos administrativos.

2.4.2 Custos de transação das licitações

Os custos de transação foram definidos por Ronald H. Coase, nos seguintes termos:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de

¹⁵⁸ PINHEIRO, João Henriques. Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação. **Publicações CEDIPRE Online**, Coimbra, n. 5, fev. 2011. p. 74.

¹⁵⁹ Idem.

transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.¹⁶⁰

A exemplo das contratações realizadas em âmbito privado, as contratações públicas também incorrem em custos de transação. Novamente Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães trazem alguns exemplos desses custos, em rol obviamente não exaustivo:

Basta pensar nas despesas para a confecção de edital relativo a obra pública complexa, respectiva publicação e julgamento das propostas, ao lado daquelas relativas à formação de consórcios empresariais, configuração da proposta e litígios administrativos e judiciais (aqui as despesas das pessoas privadas), para se ter uma ideia da efetiva existência destes custos de transação. Isto é: o contrato administrativo custa muito mais caro do que o mero objeto da execução contratual.¹⁶¹

A esses custos podem ser acrescidos os custos de fiscalização ordinária dos contratos. Contudo, a simples exigência de realização do procedimento licitatório, por si só, não implica em custos muito mais elevados. O problema está no mau uso do instituto, manifestado principalmente pela formulação de exigências desnecessárias, pelo apego ao formalismo e aos excessos burocráticos e, claro, pelos desvios de conduta.¹⁶²

É forçoso assinalar que Amana Kauling Stringari discorda desse posicionamento, alertando para a assimetria de informações entre a Administração Pública contratante e os licitantes:

A começar pela assimetria informacional existente entre o contratante (Administração Pública) e os licitantes. Quando o licitante possui muito mais informações sobre o objeto licitado do que a administração já na fase pré-contratual, estar-se-á diante de uma situação de “seleção adversa”. Dessa forma, o licitante possui uma vantagem em relação ao contratante, o qual normalmente está ciente disso. O contratante determina os critérios de qualificação técnica e econômica (além da qualificação fiscal, já especificada na Lei 8.666/93) para tentar aferir a capacidade de o licitante executar o objeto. Mas acaba por ficar à mercê de definições mais objetivas a respeito da técnica e especificidades do objeto, o que normalmente ocorre quando se

¹⁶⁰ COASE, Ronald H. O problema do custo social. The latin american and caribbean. **Journal of Legal Studies**. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, Porto Alegre, v. 3. n. 1. 2008. p. 13.

¹⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 121.

¹⁶² *Ibid.*, p. 122.

tratam de itens muito específicos, como produtos químicos destinados ao tratamento de água ou equipamentos médicos.¹⁶³

Essa questão da assimetria informacional entre os licitantes e a Administração Pública realmente merece atenção. Em geral, os órgãos da Administração Pública contratante não dispõem dos mesmos conhecimentos técnicos e econômicos que os agentes do mercado. Lamentavelmente, verificam-se os conluios e jogos de planilha entre os licitantes para lesar a Administração Pública. Reiteram-se aqui os apontamentos feitos acima acerca da necessidade de o agente público responsável bem delimitar o objeto que a Administração Pública pretende contratar, considerando os custos envolvidos, o orçamento disponível e as variantes técnicas dos diversos produtos e serviços aptos a atender o interesse público no caso concreto. Para isso, é preciso estar bem informado sobre os aspectos do mercado. Lucival Lage Lobato Neto e Benjamin Miranda Tabak elencam algumas medidas para garantir a qualidade do objeto licitado:

- a) a padronização, sempre que possível, dos projetos de obras e serviços e dos bens a serem adquiridos e dos projetos (*caput* do art. 11, da Lei nº 8.666, de 1993; inc. I do art. 15, da Lei nº 8.666, de 1993; e inc. I, do art. 4º da Lei nº 12.462, de 2011), que permite o ganho de escala, a facilidade de manutenção, o aproveitamento de treinamento anteriores dos servidores, em suma, deve-se evitar desperdícios, sem contudo ficar refém de uma tecnologia ultrapassada;
- b) a padronização dos instrumentos convocatórios e das minutas de contrato, utilizando benchmarking para os atos convocatórios e para as minutas de contratos, com vistas a evitar desperdício de esforços e a aumentar a qualidade do objeto;
- c) a possibilidade de se exigir amostras de bens e de se realizar testes gustativos de produtos consumíveis [...];
- d) a exigência de prazo mínimo de garantia do objeto, de assistência técnica, e de suporte técnico.¹⁶⁴

São esses os conceitos básicos necessários para o presente estudo, que não tem a intenção de esmiuçar o tema da Análise Econômica do Direito, que é bastante rico e complexo. O objetivo, nesse ponto, foi traçar um breve resumo dos principais aspectos, eis que, algumas dessas premissas são referidas posteriormente, na análise do

¹⁶³ STRINGARI, Amana Kauling. A influência econômica sobre o direito administrativo: uma proposta neoadministrativista. Florianópolis, 2015. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 179-180.

¹⁶⁴ LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. **A eficiência nas leis nacionais de licitações e contratos administrativos**: uma abordagem juseconômica. Curitiba: CRV, 2015. p. 157.

Regime Diferenciado de Contratações Públicas, principalmente para verificar a eficiência do processo licitatório.

3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

As regras aplicáveis às licitações públicas que surgiram desde a Lei Federal nº 8.666/1993 vêm se desenvolvendo no sentido de dar agilidade aos certames licitatórios, soltando-o de diversas amarras presentes na Lei Geral de Licitações.

Inegavelmente, cuida-se a Lei Federal nº 8.666/1993 de diploma legal que tratou de forma minudente sobre a matéria, adotando o caminho da superlegalização e, conseqüentemente, transferindo para o diploma normativo federal uma série de aspectos que poderiam ser tratados pelos agentes públicos das demais esferas federativas. Destarte, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, tornando o procedimento licitatório excessivamente burocrático e demorado, por si só, sem mencionar a possibilidade de suspensão a cada nova etapa, motivada pelos recursos administrativos e medidas judiciais propostas pelos licitantes, o que termina por encarecer as contratações feitas pela Administração Pública e restringir a participação de interessados que não detenham condições financeiras para arcar com o longo processo de contratação.

A consequência lógica é um distanciamento do procedimento licitatório de seus objetivos básicos: a contratação mais vantajosa para a Administração Pública, o respeito à isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme insculpido no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993,¹⁶⁵ com as alterações que foram introduzidas pela Lei Federal nº 12.349, de 2010.

Não demorou muito para que fosse lançada a ideia de uma reforma no sistema de contratações públicas que alterasse esse quadro. Nesse panorama, também foram editadas leis esparsas que excepcionaram aquele regime geral, casos da licitação na modalidade de Pregão - tratada pela Lei Federal nº 10.520/2002 -, destinada à

¹⁶⁵ “Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

contratação de bens e serviços definidos como “comuns”;¹⁶⁶ e as Parcerias Público-Privadas, prevista pela Lei Federal nº 11.079/2004, que têm por objeto as concessões, nas modalidades patrocinada ou administrativa, de grande vulto.¹⁶⁷ Esses dois diplomas legais refletiram, em suas disposições, algumas sugestões para agilizar o procedimento, como a inversão das fases de habilitação e julgamento. Dados do *site* comprasnet.gov.br, mantido pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão mostram que, entre 2010 e 2015, houve uma economia da ordem de 48 (quarenta e oito) bilhões de reais aos cofres públicos com a utilização da modalidade de Pregão na forma eletrônica.¹⁶⁸

Premido pela necessidade de realização de obras para os grandes eventos esportivos que se avizinhavam, e diante da inércia do Poder Legislativo em promover a reforma do Regime Geral de Licitações e Contratos Administrativos, procurou-se disciplinar um regime excepcional para as licitações e contratações destinadas a viabilizar aqueles eventos esportivos em maio de 2010, com a edição das medidas provisórias nº 488 e nº 489. Contudo, essas normas perderam sua eficácia pelo decurso do tempo. Na sessão legislativa seguinte, então, incluiu-se a disciplina relativa ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas na Medida Provisória nº 527. Essa medida provisória foi posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.462/2011.

¹⁶⁶ “Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

¹⁶⁷ “Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.”

¹⁶⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Compras Governamentais. Pregão eletrônico gera economia de R\$ 48 bi nos últimos cinco anos**: modalidade acumula benefícios para governo federal, abr., 2015. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/noticias/pregao-eletronico-gera-economia-de-r-48-bi-nos-ultimos-cinco-anos>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Inicialmente, a modalidade seria aplicável apenas às licitações e contratos relacionados à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo da FIFA de 2014, aos Jogos Olímpicos de 2016, no Rio de Janeiro, e aos serviços e obras de infraestrutura de aeroportos.

Com o objetivo de regulamentar a referida modalidade licitatória, o Governo Federal editou, na sequência, o Decreto Federal nº 7.581/2011.

O RDC trouxe diversas alterações sobre o tema das licitações, incorporando muitas críticas que vinham sendo feitas, ao longo dos anos, ao Regime Geral - cuja incidência foi expressamente excepcionada pelo novo regime,¹⁶⁹ tais como: i) a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas – que já era uma realidade no âmbito do Pregão, mas que, no RDC, tornou-se regra; ii) o sigilo do orçamento; iii) novos critérios de julgamento, como melhor conteúdo artístico e maior retorno econômico, dentre outras.

Os objetivos do RDC, de acordo com o artigo 1º, § 1º, da Lei Federal nº 12.462/2011 são: a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; c) incentivar a inovação tecnológica; e d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. O artigo 3º da lei impõe a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

De maneira gradual, a aplicabilidade do RDC foi sendo ampliada para abarcar situações que inicialmente não estavam previstas: em 2012, por meio da Lei Federal nº 12.688, foram incluídas as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e as obras e serviços relacionados a estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. Posteriormente, ainda no ano de 2012, foi editada a Lei Federal nº 12.722, com a inclusão das obras e serviços de engenharia no âmbito do

¹⁶⁹ “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 1º, § 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.”

sistema público de ensino. Por fim, as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e ações no âmbito da Segurança Pública, foram incluídos pela Medida Provisória nº 678, convertida na Lei nº 13.190, de 23 de junho de 2015.

Essas ampliações, de certa forma, corroboram as críticas à Lei Geral de Licitações e mostram a necessidade de dotar os administradores públicos de um instrumento que garanta contratações mais eficientes, com respeito aos aludidos princípios.

Não se pode deixar de assinalar que essas leis estão inseridas na reforma por que passou o Estado brasileiro nos últimos 20 anos, já aludida anteriormente. A Administração Pública unilateral, impositiva e excludente, detentora única da “supremacia” do interesse público, foi parcialmente sucedida por uma Administração Pública plurilateral, cooperadora e interativa. As transformações no relacionamento da economia pública com os agentes privados foram igualmente marcantes, derivadas da atenuação da presença estatal e dos novos instrumentos normativos que então surgiram. Com isso procurou-se introduzir na Administração Pública modelos de gestão empresarial, com a definição prévia de objetivos, a racionalização eficiente de recursos (públicos e privados), o alcance de metas e diretrizes e as formas contratuais de gerenciamento.

Nesse contexto, deu-se também a edição de leis que permitem a “contratualização” das políticas públicas. Trata-se da legislação sobre contratos de concessão de serviço público (Lei Federal nº 8.987/1995 e Lei Federal nº 9.074/1995) e das já aludidas parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/2004). Esses diplomas legais são instrumentos que permitem a instalação de políticas públicas consistentes. Por meio de um projeto concessionário assegura-se a prestação de um serviço – ou a construção e manutenção de obras conjugadas com serviços – durante 15, 20 ou até 35 anos, o que pode se dar em projetos de desenvolvimento nacional, com garantia de sua estabilidade ao longo do tempo.¹⁷⁰

¹⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Governando por contratos. **PPP Brasil – observatório das parcerias público-privadas**. 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Ainda, o Estado-Administração abdicou de muitos monopólios públicos e passou a regulá-los. Foram estabelecidos deveres de serviço público e metas de universalização a serem atendidas, sob pena de supressão do direito à exploração dos serviços. O Estado outrora titular exclusivo do interesse público viu-se sucedido por um Estado que se vale da iniciativa privada para atingir fins públicos, numa lógica cooperativa, horizontal e integradora (o Poder Público ao lado da iniciativa privada).

Nesse panorama, podem ser incluídos também os procedimentos licitatórios simplificados das Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica, tal como a Petrobras, cujo processo licitatório é regulado pelo Decreto nº 2.745/1998 e pela Lei Federal nº 9.478/1997, o qual, a despeito dos debates travados entre os juristas acerca de sua constitucionalidade, sempre foi objeto de decisões por parte do Supremo Tribunal Federal que lhe privilegiavam o aspecto de conferir maior eficiência às contratações feitas pela empresa, que atua em regime concorrencial no mercado.¹⁷¹ Assim, submeter a Petrobras ao regime da Lei Geral de Licitações iria contrariar os preceitos constitucional da eficiência e da livre concorrência e o próprio modelo das sociedades de economia mista.¹⁷² Esses aspectos foram contemplados na Lei Federal nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A novel legislação regulamenta o inciso III do § 1º do artigo 173 da Constituição, no que tange ao regime licitatório aplicável a essas empresas.

Portanto, o Estado outrora monocêntrico, que prestava os serviços públicos e definia quem os poderia prestar, viu-se envolvido num processo de sucessão por um Poder Público que privatiza (material e formalmente), concede, autoriza e regula os serviços públicos (e interage em outras das demais atividades econômicas), muitos deles com características concorrenciais. O antigo Estado definidor das tarefas de interesse público convive com a instalação de atividades públicas por iniciativa e gestão de

¹⁷¹ Cite-se como exemplo o Mandado de Segurança nº 25986/DF.

¹⁷² Cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TORRES, Paula Ritzmann. O procedimento licitatório simplificado da Petrobras: o dilema jurisprudencial de uma sociedade estatal de mercado. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, a. 10, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2013. p. 184.

peessoas privadas. Dessa maneira, o espaço público passa a ser espontaneamente ocupado pelos particulares.¹⁷³

3.2 O PROCESSO LICITATÓRIO NA MODALIDADE DE REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Antes de adentrar nos pontos específicos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, convém fazer referência – ainda que sucinta, já que o presente estudo não tem por objeto uma análise pormenorizada do processo licitatório em si – às fases e etapas do certame, conforme previsto na lei de regência. O objetivo, por ora, é apenas traçar um panorama sobre o desenvolvimento do certame sob a modalidade de RDC. Voltar-se-á posteriormente ao tema, para uma análise detalhada de alguns pontos mais controvertidos.

A exemplo das licitações previstas na Lei Federal nº 8.666/1993, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas também possui uma fase interna, em que são executados os atos preparatórios que informam e instruem a licitação, e uma fase externa, na qual os eventuais interessados apresentam suas propostas técnicas e de preço, que serão julgadas pela entidade licitante segundo as regras previstas no ato convocatório.

3.2.1 Fase interna e atos preparatórios

A fase interna do RDC está prevista no artigo 12, inciso I, da Lei nº 12.462/2011 e no capítulo II do Título II (artigos 4º a 12) do Decreto Federal nº 7.581/2011.

O artigo 4º do Decreto estabelece que “Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame”.

¹⁷³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TORRES, Paula Ritzmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, 75-100, 2007. p. 92.

Assim, na etapa interna da licitação devem ser elaborados pelo ente contratante: a justificativa da contratação e da adoção do RDC; a definição i) do objeto da contratação, ii) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, iii) dos requisitos de conformidade das propostas, iv) dos requisitos de habilitação, v) das cláusulas que deverão constar do contrato, e vi) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento; a justificativa técnica; a justificativa para a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido esse critério de julgamento, a indicação de marca ou modelo; a indicação da fonte de recursos suficiente para a contratação; a declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro; o termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar o objeto licitado; o projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia; o instrumento convocatório; e o ato de designação da comissão de licitação, entre outros previstos no referido artigo 4º.

A Lei Federal nº 12.462/2011 é uma norma especial, que excepciona a aplicação da Lei Geral de Licitações. Portanto, a decisão que optar pela contratação sob essa nova modalidade licitatória deverá constar expressamente no instrumento convocatório, conforme previsto no seu artigo 1º, § 2º.

Entre as definições necessárias nessa fase interna do certame, é importante destacar dois aspectos inovadores da modalidade licitatória em exame: a definição do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento; e os requisitos de remuneração variável.

O RDC, além dos modos de execução previstos na Lei Geral de Licitações, traz um novo regime de execução indireta: a contratação integrada, que compreende na contratação de todas as etapas da obra ou serviço de engenharia, desde a elaboração e o desenvolvimento do projeto básico e executivo, passando pela execução, até a sua entrega em condição de operação de acordo com os requisitos estabelecidos no ato convocatório.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 9º, § 1º.

Já dentre os documentos que devem instruir o processo licitatório, cabe destacar o termo de referência, que deve conter o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos¹⁷⁵ e o projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia.¹⁷⁶

3.2.2 Fase externa

A etapa externa inicia-se com a publicação do instrumento convocatório. Nela, os interessados em contratar com a Administração Pública apresentam suas propostas técnicas e/ou de preço e demonstram que cumprem os requisitos para participar do certame.

Preveem-se, nessa fase externa, a habilitação, o julgamento das propostas e dos recursos, a homologação e a adjudicação do objeto licitado. Contudo, a Lei Federal nº 12.462/2011 estabelece também diferentes formas de realização e de disputa da licitação em relação ao regime geral da Lei Federal nº 8.666/1993, consoante será visto em seguida.

3.2.2.1 Formas de realização e modos de disputa da licitação

O artigo 13 da Lei Federal nº 12.462/2011 estabelece que as licitações na modalidade de RDC deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, mas admitindo também a forma presencial. Do mesmo modo, o Decreto Federal nº 7.581/2011, também em seu artigo 13, de redação quase idêntica, determina a preferência da realização sob a forma eletrônica e, ainda, traz a possibilidade de processamento do certame por meio do sistema eletrônico utilizado para a modalidade pregão.

Adiante, no seu artigo 16, a Lei Federal nº 12.462/2011 prevê que poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, os quais poderão ser também combinados na forma do regulamento. Com efeito, o regulamento em questão – Decreto

¹⁷⁵ Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Art. 4º, VII.

¹⁷⁶ Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Art. 4º, VIII.

Federal nº 7.581/2011 – estabeleceu os critérios para os modos de disputa aberto, fechado ou combinado da modalidade nos artigos 15 a 24.

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas propostas em sessão pública por meio de lances públicos e sucessivos, que serão crescentes ou decrescentes, de acordo com o critério de julgamento adotado, conforme preveem os artigos 17, inciso I, da Lei Federal nº 12.462/2011, e 18 do Decreto.

Caso o certame seja realizado sob a forma presencial, as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade. Em seguida, a comissão de licitação convocará os licitantes de forma individual e sucessiva, a partir do autor da proposta menos vantajosa, para apresentar lances verbais. Na hipótese de desistência do licitante em apresentar lance verbal, ocorrerá sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado.¹⁷⁷

É permitido que o instrumento convocatório possibilite lances intermediários, ou seja, iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento. Essas propostas eventualmente serão convocadas a contratar com o ente licitante em caso de impossibilidade de contratação do licitante cuja proposta foi vencedora. Daí a relevância da previsão legal e regulamentar.

É possível, também, de acordo com o regulamento, que, após a definição da melhor proposta, caso a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar seja de pelo menos dez por cento, a comissão de licitação admita o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.¹⁷⁸

Já no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora marcadas para sua divulgação.¹⁷⁹

Finalmente, os artigos 23 e 24 do Decreto Federal nº 7.581/2011 estabelecem as normas para a combinação das formas aberta e fechada de disputa. Destarte, caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão

¹⁷⁷ Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Art. 19.

¹⁷⁸ Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Art. 21.

¹⁷⁹ Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Art. 22.

classificados para a etapa subsequente aqueles licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se, então, a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos. Por outro lado, caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

3.2.2.2 Julgamento das propostas

O artigo 18 da Lei Federal nº 12.462/2011 traz os seguintes critérios de julgamento:

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I - menor preço ou maior desconto;

II - técnica e preço;

III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV - maior oferta de preço; ou

V - maior retorno econômico.

Os incisos II a IV não diferem dos critérios previstos no artigo 45, § 1º da Lei Geral de Licitações. Também em relação ao critério de menor preço, a previsão já constava na Lei Federal nº 8.666/1993. Apenas, incluiu-se a previsão de que poderá ser adotado o critério de julgamento de maior desconto. Esse dispositivo encontra-se regulamentado no artigo 27 do Decreto Federal nº 7.581/11, segundo o qual será considerado o menor dispêndio para a Administração Pública, desde que, obviamente, sejam atendidos os parâmetros mínimos de qualidade exigidos. A referência para tanto será o preço total estimado, conforme definido pelo instrumento convocatório.

O último critério de julgamento, previsto no inciso V do artigo 18 da Lei do RDC, é o de maior retorno econômico. Trata-se de inovação utilizada exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, no qual as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato. Esse critério será abordado com mais vagar na sequência do estudo.

Para efeitos de julgamento, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, descontando-se a proposta de preço.

Dessa forma, em licitações que adotem esse critério de julgamento, segundo o artigo 37 do Decreto, os licitantes apresentarão a proposta de trabalho, a qual deverá contemplar i) as obras, serviços ou bens, com os prazos de realização ou fornecimento, conforme o caso; e ii) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada ao objeto licitado e expressa em unidade monetária. Deverão apresentar também a proposta de preço, que corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

É imprescindível que o instrumento convocatório preveja parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato. Esses parâmetros servirão de base de cálculo da remuneração devida ao contratado. Se a vantagem prometida não for alcançada, o contratado ficará sujeito às multas previstas no artigo 23, § 3º, da Lei do RDC: i) a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida; ii) caso essa diferença seja superior à remuneração do contratado, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e iii) outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Em relação aos critérios de julgamento, o artigo 26 da Lei do RDC trouxe também a possibilidade de a Administração Pública negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado do certame.

Essa negociação poderá ser estendida aos demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado e, portanto, sua proposta for desclassificada.

3.2.2.3 Fase de habilitação

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas adota o procedimento consagrado pela modalidade de Pregão, no qual a fase de habilitação ocorre ao final, depois da fase de julgamento das propostas. É a sistemática inversa àquela adotada pelas modalidades tradicionais da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Curiosamente, ao referir-se à “inversão de fases”, nos artigos 14 e 27 da Lei do RDC, quis o legislador indicar a sistemática tradicional da Lei Geral. Nesse caso, a

fase de habilitação, mediante ato motivado, irá anteceder as de apresentação de propostas e julgamento, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Dessa forma, no que tange à etapa de habilitação, o artigo 14 da Lei do RDC declara que os documentos exigidos são aqueles previstos nos artigos 27 a 33 da Lei Geral de Licitações e Contratos, no que for cabível.

O inciso IV do artigo 14 da Lei do RDC determina que os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante classificado em primeiro lugar.

Ainda, o artigo 48 do Decreto Federal nº 7.581/2011 estabelece que, quando for utilizado o critério de julgamento da maior oferta de preço, nas licitações destinadas à alienação, a qualquer título, de bens e direitos da Administração Pública, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, desde que substituídos pela comprovação do recolhimento de quantia como garantia, limitada essa a 5% do valor mínimo de arrematação.

3.2.2.4 Fase recursal

Inicialmente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas contempla uma fase recursal única, que ocorrerá após o resultado da habilitação, na qual serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor, consoante determina o artigo 27 da Lei Federal nº 12.462/2011.

O artigo 28 prescreve que, após exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior. Essa, então, poderá: i) determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades supráveis; ii) anular o procedimento, no todo ou em parte, caso o vício seja insanável; iii) revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou iv) adjudicar o objeto e homologar a licitação.

De forma derradeira, rememore-se que, no caso de adotar-se a inversão de fases prevista no artigo 12 da Lei do RDC, isto é, a sistemática tradicional prevista na Lei Federal nº 8.666/1993, ocorrerão duas fases recursais. Uma, imediatamente após a fase de habilitação e tendo por objeto o resultado dessa; outra, após a fase de julgamento das propostas.

3.3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO RDC

Traçado esse breve panorama sobre o desenvolvimento do processo licitatório sob a modalidade de RDC, o estudo atém-se agora às principais inovações trazidas pela Lei Federal nº 12.462/2011, analisando-as sob o prisma da moralidade e da eficiência das contratações, utilizando-se das noções vistas no início do trabalho.

3.3.1 Contratação integrada

A contratação integrada, prevista no artigo 9º da Lei do RDC, inspirou-se no regulamento de procedimento licitatório simplificado da Petrobrás, instituído por meio do Decreto nº 2.745/1998.¹⁸⁰ Essa norma estabelece, em seu item 1.9:

1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

O artigo 9º do RDC, por sua vez, apresenta a seguinte redação:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

[...]

O Decreto Federal nº 7.581/2011 regulamenta a matéria no artigo 73:

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645. Requerentes: PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de agosto de 2011. A ADI não teve nem sequer seu pedido cautelar apreciado até a data de encerramento desta dissertação.

Art. 73. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º O objeto da contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto.

§ 2º Será adotado o critério de julgamento técnica e preço.

Trata-se, portanto, de um novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, no qual o contratado fica incumbido também das etapas prévias de elaboração e desenvolvimento dos respectivos projetos básico e executivo.

Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer assinala que a delegação da elaboração do projeto básico ao particular atende a critérios de eficiência. No caso, o particular é chamado a participar da concepção do objeto licitado.¹⁸¹ Se, por um lado, isso gera maiores incertezas para a Administração Pública, por outro, possibilita absorver soluções técnicas inovadoras propostas pelo mercado, bem como a atribuição dos riscos pela concepção do objeto licitado recairá sobre o particular.¹⁸²

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães afirmam que a concentração desses atos (elaboração do projeto, execução da obra e aparelhamento) sob a responsabilidade do particular cria um robusto incentivo para que esse persiga a concepção mais econômica e eficiente para o projeto, bem como para a construção da obra e operação do empreendimento, eis que quaisquer deficiências do projeto irão gerar maiores custos na execução da obra, o que será suportado pelo contratado.¹⁸³

A sistemática altera sobremaneira o tratamento dado pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, no qual a elaboração prévia do projeto básico, por parte da entidade licitante, para a execução de qualquer obra ou serviço é imprescindível, de acordo com o artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/1993:

¹⁸¹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 152.

¹⁸² Ibid., p. 154.

¹⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública:** a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 250.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

[...]

Logo, segundo o regime da Lei Geral de Licitações, as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver um projeto básico com o conteúdo definido por aquela mesma norma.¹⁸⁴ De forma resumida, todas as especificações da obra ou serviço que impliquem em custos ao contratado devem constar do projeto básico de modo detalhado.

É útil estabelecer-se uma diferenciação entre o regime de contratação integrada e os regimes de empreitada definidos na Lei Federal nº 8.666/1993. Nas empreitadas por preço global e unitário, a Administração Pública desenvolve uma solução, uma concepção para o objeto licitado, estabelecendo no projeto básico as condições fundamentais que lhe são pertinentes. Ademais, não existe para o particular contratado a obrigação de assegurar o funcionamento do empreendimento. Na

¹⁸⁴ “Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;”

contratação integrada, como visto, esses escopos cabem ao particular.¹⁸⁵ Já em relação à empreitada integral, há maiores semelhanças com a contratação integrada. Apenas o projeto básico é elaborado pela Administração Pública.¹⁸⁶

Em verdade, o regime de contratação integrada guarda semelhanças com um contrato internacionalmente conhecido como EPC, sigla para *Engineering, Procurement and Construction Contract*.¹⁸⁷ Nesse tipo de contrato, o empreiteiro fica incumbido da concepção integral do projeto, da obra, da administração de todos os serviços de engenharia associados, pela entrega do empreendimento pronto, equipado e testado, sob o modelo de *turn-key*.¹⁸⁸

A contratação integrada seria, então, uma obrigação de resultado, na qual a Administração Pública estabelece o resultado que deseja atingir com o objeto licitado, detalhando esses aspectos no instrumento convocatório e nos documentos que lhe devem obrigatoriamente ser anexados. O particular contratado, por sua vez, embora tenha autonomia para a concepção desse objeto e dos meios pelos quais esse atingirá o fim pretendido pela entidade licitante, só estará desincumbido da obrigação que lhe cabe se efetivamente entregar o objeto nas condições prescritas, testado e plenamente apto a operar.¹⁸⁹

Em muitos casos, nos regimes de empreitada tradicionais, considerando o nível de detalhamento exigido e a ausência de pessoal técnico especializado nos quadros da Administração Pública, esta vê-se obrigada a realizar uma licitação prévia apenas para contratar a elaboração do projeto básico que futuramente será usado para a obra. A Lei Federal nº 8.666/1993, em seu artigo 9º, prevê que os profissionais e empresas que

¹⁸⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 181. O autor ainda procede a uma diferenciação entre a contratação integrada e o regime de concessão administrativa prevista na Lei das Parcerias Público-Privadas, assinalando que nessa última o particular continua desenvolvendo serviços após a entrada em operação do empreendimento, ao passo que na contratação integrada, via de regra, a obrigação do particular se exaure com a entrega do empreendimento em condições de operar.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 181.

¹⁸⁷ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 246.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 246.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 251.

elaboraram o projeto básico ficarão impedidos de participar da futura licitação para a execução da obra.¹⁹⁰

Percebe-se que o objetivo do regime de contratação integrada foi resolver esse problema que comumente se verifica na Administração Pública. O projeto básico é um documento essencial para a correta definição do objeto licitado e dos valores para a sua contratação. A elaboração do projeto básico de forma inadequada compromete o andamento dos trabalhos, a conclusão da obra e, no mais das vezes, obriga as partes contratantes a celebrar termos aditivos para compensar essas distorções, o que, além de prejudicar o cronograma, gera custos adicionais. Tanto assim que, se por um lado o regime de contratação integrada possibilitou a contratação dos projetos básico e executivo, por outro, no § 4º do artigo 9º da Lei do RDC, limitou as hipóteses de celebração de termos aditivos.¹⁹¹

Essa prática sofre reiteradas críticas, valendo destacar a opinião de Eduardo P. S. Fiuza:

a complexidade de um serviço de construção civil torna muito difícil escrever contratos completos entre as partes descrevendo todos os estados contingentes da natureza e as ações a serem tomadas em cada um deles. O resultado inevitável é a profusão de termos aditivos, muitos deles celebrados poucos dias depois de assinado o contrato. Além disso, a contratação a preço fixo desestimula a revelação, pelas empreiteiras participantes, de falhas e vícios no projeto antes do certame licitatório. Elas preferem detectá-los

¹⁹⁰ “Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; [...] § 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. § 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração. § 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.”

¹⁹¹ “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 9, § 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

sozinhas e aproveitar-se da assimetria de informação para submeter propostas desbalanceadas (*unbalanced bids*), conhecidas no Brasil como “jogo de planilha”, para só depois lucrar renegociando o contrato após a assinatura.¹⁹²

Augusto Neves Dal Pozzo observa que a falta de projetos adequados causa vários transtornos para a Administração Pública durante a execução do contrato, seja pela limitação no estabelecimento de quantitativos de valor seja pelo pagamento de um preço muito superior; em muitos casos, ainda, a ineficiência do projeto pode obstar toda a contratação, pois a necessidade de alteração técnica é de tal monta que termina por desnaturar completamente o objeto a ser contratado.¹⁹³ O autor entende que é bastante discutível a constitucionalidade desse dispositivo da contratação integrada, pois o processo licitatório tem como premissa a comparação objetiva entre as propostas. Se a Administração Pública deixar de estabelecer, de maneira completa, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o objeto do certame (o projeto básico), essa comparação não será possível.¹⁹⁴ Percebe-se que, segundo a opinião desse autor, a deficiência de parâmetros comparativos prejudicaria a avaliação do grau de adequação das propostas, abrindo margem ao subjetivismo no julgamento, ou seja, em ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia.

A utilização desse novo regime apenas para suprir a deficiência da Administração Pública na elaboração de projetos básicos adequados é também criticada por Marçal Justen Filho. Essa solução revela-se antijurídica e descabida, segundo o autor, pois, dada a atribuição de riscos ao particular em proporção maior que no regime de empreitada – o que acaba sendo precificado pelo contratado, a Administração Pública termina por pagar um preço superior pela contratação, em situação em que seria mais vantajoso economicamente qualificar seus quadros para a elaboração de um projeto básico correto.¹⁹⁵

¹⁹² FIUZA, Eduardo P. S. O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida das compras públicas. **Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior**, IPEA. n. 19. Brasília, 2012. p. 10.

¹⁹³ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 190.

Rememore-se que, nos termos do artigo 9º da Lei do RDC, a contratação integrada deve ser utilizada desde que seja técnica e economicamente justificada e, ainda, quando o objeto envolver, pelo menos, uma das seguintes condições: I - inovação tecnológica ou técnica; II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Nesse sentido, Mário Saadi anota que, se por um lado, deve haver a subsunção do objeto a ser licitado aos requisitos previstos no artigo 9º da Lei do RDC, “De outro, deverá haver a demonstração dos benefícios oriundas da contratação integrada em cotejo com outras modalidades de execução contratação que a Administração poderia utilizar no mesmo caso.”¹⁹⁶ Essa análise não pode passar ao largo da distribuição de riscos e responsabilidade. Assinala o autor:

Com a contratação integrada, a Administração Pública busca diminuir os riscos por ela assumidos e atribuir ao contratado maior responsabilidade, ao passar para esse ente particular mais autonomia, no que concerne à definição de soluções técnicas e executivas da obra, durante a elaboração dos projetos básico e executivo.

[...] há que se destacar que a proposta econômica ofertada pelos licitantes para a execução do objeto da licitação será tanto maior quanto maiores forem os riscos [...]. Do ponto de vista da lógica empresarial, todos os eventuais riscos que possam existir serão precificados [...]. Quando a distribuição de riscos e responsabilidades não for clara, além de não haver perfeitas condições para a formulação das propostas, a contratação poderá ser permeada por ambiente de instabilidade e relativa insegurança jurídica.¹⁹⁷

Sobre esse aspecto dos requisitos da contratação integrada, o Tribunal de Contas da União já assentou:

A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de

¹⁹⁶ SAADI, Mário. A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11; decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

¹⁹⁷ Ibid.

metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.¹⁹⁸

Outro ponto que deve ser destacado é que, embora a Lei do RDC não tivesse contemplado inicialmente a previsão de elaboração de matriz de riscos, tal situação fora enfrentada pelo Acórdão nº 1310/2013, do Tribunal de Contas da União, que teve origem em auditoria para fiscalização do Edital RDC presencial nº 489/2012, relativo à obra de construção da rodovia BR-163/PA.¹⁹⁹ Naquele caso, a corte de contas entendeu que é imprescindível que os instrumentos convocatórios estabeleçam matriz de riscos detalhada, com a alocação dos riscos inerentes ao empreendimento para cada um dos contratantes, favorecendo a isonomia da licitação, fortalecendo a segurança jurídica do contrato e dotando a Administração Pública de meios mais objetivos para o controle do contrato.²⁰⁰ Assim, em sua proposta de encaminhamento, restou consignado no acórdão:

Diante do exposto, submete-se este relatório à consideração superior, para posterior encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator, com as seguintes propostas de encaminhamento:

a) recomendar ao Dnit que, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU:

a.1) preveja doravante, nos empreendimentos a serem licitados mediante o regime de contratação integrada, previsto no art. 9º da Lei 12.462/2011, uma "matriz de riscos" no instrumento convocatório e na minuta contratual, de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação (art. 37, XXI da Constituição Federal; art. 1º, §1º, IV da Lei nº 12.462/2011) e a segurança jurídica do contrato (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal);²⁰¹

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1850/2015**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/7/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/%252a/COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIATEMA%253A%2522RDC%2522%2520COPIASUBTEMA%253A%2522Contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520integrada%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/15/false>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1310/2013**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 29/5/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1310%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAIONT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1850/2015**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/7/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/%252a/COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIATEMA%253A%2522RDC%2522%2520COPIASUBTEMA%253A%2522Contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520integrada%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/15/false>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Posteriormente, a Lei Federal nº 13.190/2015 alterou a Lei do RDC, para incluir o § 5º no artigo 9º, estabelecendo que se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a Administração Pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

Assim, as condições para a utilização do regime de contratação integrada podem ser resumidas da seguinte forma: i) o objeto licitado deve envolver a execução de obras e serviços de engenharia e outras atividades necessárias para assegurar a operação de um empreendimento ou a prestação de serviços públicos ou privados, tal como uma usina de produção de energia ou um estabelecimento prisional; ii) a solução técnica para o objeto não pode ser determinada ou é de difícil determinação; e iii) a atribuição de riscos ao particular deve mostrar-se vantajosa economicamente para a Administração Pública.²⁰²

Outro aspecto a merecer destaque no artigo 9º em comento é que, embora o projeto básico na contratação integrada fique a cargo do particular contratado, a Administração Pública contratante deverá elaborar um anteprojeto, que integrará o instrumento convocatório. Confirma-se a redação do artigo:

Art. 9º [...]

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 188.

O assunto é mais bem detalhado no artigo 74 do Decreto Federal nº 7.581/2011:

Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:

I - a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

II - as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;

III - a estética do projeto arquitetônico; e

IV - os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

§ 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:

I - concepção da obra ou serviço de engenharia;

II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

III - levantamento topográfico e cadastral;

IV - pareceres de sondagem; e

V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

§ 2º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologia diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 3º O anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes.

§ 4º Os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da administração pública poderão definir o detalhamento dos elementos mínimos necessários para a caracterização do anteprojeto de engenharia.

Trata-se, portanto, quase de um verdadeiro projeto básico, pois o documento precisa trazer as informações fundamentais do objeto licitado. Augusto Neves Dal Pozzo questiona a diferença que se pode estabelecer entre o projeto básico e o anteprojeto de engenharia, bem como se essa distinção seria meramente taxinômica ou se haveria distinções que permitem afirmar tratar-se de duas realidades efetivamente distintas.²⁰³ Na óptica do autor, as normas atinentes ao RDC parecem sugerir que o anteprojeto de engenharia seria menos completo que o projeto básico, constituindo um

²⁰³ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

documento técnico realizado pela Administração Pública de maneira acelerada e menos complexa, para que, já durante a execução do contrato pelo particular, fossem oferecidos tais projetos.²⁰⁴

O Ministério Público Federal, ainda ao tempo da discussão do projeto do RDC no Congresso Nacional, emitiu a Nota ao Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010, na qual se manifestou quanto à inconstitucionalidade do anteprojeto previsto para o regime de contratação integrada nos seguintes termos:

Ocorre que o conteúdo do denominado “anteprojeto de engenharia” é extremamente vago, genérico, e implicará a não a definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, violando expressamente o artigo 37, inciso XXI, que impõe o dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia e pressupõe logicamente a sua exata configuração. Não há licitação sem prévio e determinado objeto, porque sem isto não há condições de disputa.

Admitindo-se o “anteprojeto de engenharia”, isto implicará violação do princípio da competitividade, isonomia e da impessoalidade, porque impedirá o julgamento objetivo da licitação. Também poderá ensejar graves desvios de verbas públicas em razão da deficiência e da insuficiência do citado “anteprojeto de engenharia”.

[...]

A licitação é um procedimento destinado a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do artigo 37, inciso XXI, CF. No regime da contratação integrada, leva-se ao extremo a idéia de flexibilização da identificação do objeto da licitação, levando o regime para o campo da inconstitucionalidade, porque não se tem no referido regime objeto definido e apto a ser licitado, a servir de parâmetros para propostas diversas que possam ser objetivamente comparáveis. Ou seja, não se tem a definição do objeto contratável, e, portanto, há nítida fuga ao dispositivo constitucional citado.²⁰⁵

Ainda que tenha natureza menos detalhada que o projeto básico, é de fundamental importância que o anteprojeto seja bem desenvolvido, sob pena de à Administração Pública ser entregue obra de qualidade inferior à necessária para os fins a que se destina. Os requisitos para os anteprojetos estão contidos nas NBR 16636-2:2017 e 16636-1:2017.

²⁰⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

²⁰⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota ao Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010 (regime diferenciado de contratações públicas)**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI133192,91041-Projeto+que+cria+regime+especial+de+licitacoes+para+obras+da+Copa+e>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

A contratação integrada, em razão da autonomia conferida ao particular para a concepção da solução do objeto, traz uma dificuldade de ordem prática para a Administração Pública: a avaliação das propostas oferecidas pelos particulares. Ocorre que, devido à variedade de soluções concebidas pelos diversos licitantes, impõe-se que o julgamento se dê objetivamente. Nesse passo, a aferição da viabilidade econômica dependerá de um exame específico das técnicas e dos custos de cada uma delas.²⁰⁶

Justamente por essa dificuldade, o artigo 9º, § 2º, inciso III, da Lei do RDC previa inicialmente que a utilização do critério de técnica e preço era obrigatório, o que era justificável em razão dessa necessidade de se promover um exame específico das soluções técnicas apresentadas pelos licitantes, com a consequente avaliação de acordo com critérios objetivamente definidos no edital. Entretanto, esse inciso restou revogado pela Lei Federal nº 12.980/2014, resultante da conversão da medida provisória nº 630/2013. A exposição de motivos da MP argumentou que era “necessária a ampliação do rol dos critérios de julgamento para licitações no regime de contratação integrada, de modo a permitir a aplicação daquele que se amolde mais adequadamente a cada caso concreto”.²⁰⁷

Em que pese a alteração havida na Lei do RDC, é fundamental que o instrumento convocatório estabeleça critérios técnicos objetivos que permitam uma comparação justa e isonômica das propostas apresentadas pelos licitantes, em obediência aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, bem como do princípio do julgamento objetivo. Nesse aspecto, aliás, o TCU, no Acórdão nº 2980/2015, decidiu que “o anteprojeto deve conter elementos que confirmam à licitação lastro mínimo comparativo para a definição da proposta mais vantajosa e que ofereçam informações suficientes aos licitantes para o dimensionamento de suas soluções e o cálculo de suas propostas”.²⁰⁸

²⁰⁶ Cf. REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 159.

²⁰⁷ BRASIL. Planalto. **EMI nº 00287/2013 MP CGU MJ SDH**, de 24 de dezembro de 2013, parágrafo 7, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Mpv/mpv630.htm>. Acesso em: 4 fev. 2018.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2980/2015**. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 18/11/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/12/%252a/COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIATEMA%253A%2522RDC%2522%2520COPI>>.

Em contrapartida à autonomia do particular para a concepção do objeto licitado, o § 4º do artigo 9º da Lei do RDC prevê que será vedada a celebração de termos aditivos, exceto para i) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e ii) alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observado o limite de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

A partir do momento em que se tem em mente a lógica da contratação integrada, segundo a qual o particular tem a responsabilidade e a autonomia pela concepção do objeto licitado e, conseqüentemente, da solução para o objetivo traçado pela Administração Pública, é decorrência óbvia que o contratante não poderia alegar qualquer falha nos projetos por ele mesmo concebidos ou qualquer problema de execução para celebrar um termo aditivo ao contrato, com exceção daquelas situações em que se verifique caso fortuito, força maior ou, ainda, expressa determinação da própria Administração Pública. Assim, a maior autonomia conferida ao particular também busca reduzir alterações que aumentem os custos para a Administração Pública²⁰⁹ e sugere que a remuneração do particular seja feita de acordo com o desempenho desse.²¹⁰

Em comentário ao dispositivo em questão, Marçal Justen Filho anota que os riscos ordinários do empreendimento, ou seja, aqueles previsíveis ou passíveis de cálculo, são atribuídos ao particular contratante; os demais cabem à Administração Pública.²¹¹ Trata-se da solução que assegura a distribuição mais eficiente dos riscos e o

ASUBTEMA%253A%2522Contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520integrada%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/11/false>. Acesso em: 20 fev. 2018.

²⁰⁹ Cf. REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 162.

²¹⁰ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 253.

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 200.

menor preço para a entidade licitante.²¹² Essa alocação de riscos da contratação integrada do RDC é peculiar, pois a relação entre os encargos e as vantagens, estabelecida na licitação, determina que os eventos supervenientes ordinários, ligados ao risco da concepção do objeto, devem ser arcados pela particular.²¹³

A restrição às alterações objetiva garantir que a solução do objeto proposta pelo particular não sofrerá interferências indevidas por parte da Administração Pública.²¹⁴ A vedação às alterações contratuais refere-se, então, às competências extraordinárias da Administração Pública.²¹⁵

A redação do dispositivo, de fato, comporta críticas, pois constitui absurdo imaginar que mesmo diante de evidente erro de projeto ou de execução pelo particular, a Administração Pública deveria quedar-se silente. Obviamente, nesse caso, as distorções devem ser corrigidas, mediante celebração de termo aditivo ao contrato, às expensas do particular. O dispositivo deve ser entendido no sentido de que são permitidas as alterações. Porém, a correção das distorções constitui responsabilidade técnica e econômica do contratado.²¹⁶

Em relação à hipótese excepcional do inciso I, do § 4º, do artigo 9º da Lei do RDC, referente à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em situações de caso fortuito e força maior, frise-se que o particular não pode sofrer os efeitos nocivos de fato da Administração ou fato do príncipe.²¹⁷ O caso fortuito ou força maior estarão configurados se a execução da proposta se tornar impossível ou excessivamente onerosa em razão de evento imprevisível ou de consequências incalculáveis que não era possível antecipar no momento da formulação da proposta em vista das informações disponíveis.²¹⁸

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 200.

²¹³ Ibid., p. 201.

²¹⁴ Ibid., p. 202.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Cf. REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 162.

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 202.

²¹⁸ Ibid., p. 203.

Já em relação à segunda hipótese, prevista no inciso II, do § 4º, do artigo 9º da Lei do RDC, reitera-se que a alteração unilateral por parte da Administração Pública é permitida. O que não se admite é que essa alteração se dê para eliminar erro ou defeito imputável ao particular, exceto se tal situação só puder ser verificada já na fase de execução do contrato. A vedação, portanto, não é para a correção dos defeitos; mas, sim, para a assunção de custos extraordinários pela Administração Pública.²¹⁹

Em resumo, as condições para alteração do contrato na contratação integrada são as seguintes: i) não podem desnaturar o objeto da licitação; ii) devem ser mantidos os critérios estabelecidos no edital e no anteprojeto, sobre os quais a Administração Pública já exauriu sua discricionariedade; iii) não pode haver descaracterização do regime contratual, já que a contratação integrada só é viável quando adequada técnica e economicamente.²²⁰

Por fim, deve-se ressaltar que o artigo 65, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993, atinente às supressões por acordo entre as partes não é aplicável ao RDC, até por ausência de previsão legal.

3.3.2 Remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado

O artigo 10 da Lei Federal nº 12.462/2011 traz a possibilidade de que o contratado receba uma remuneração variável conforme seu desempenho na execução do contrato:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

²¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 204.

²²⁰ Cf. REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 164.

A matéria é um pouco mais detalhada no artigo 70 do Decreto Federal nº 7.581/2011:

Art. 70. Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;

II - ao valor a ser pago; e

III - ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.

A remuneração variável, na verdade, não representa uma novidade no âmbito dos contratos administrativos, pois a Lei Federal nº 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas, mesmo antes de sua alteração pela Lei Federal nº 12.766/2012, já previa tal instituto em seu artigo 6º, ao dispor que “O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

No regime geral da Lei Federal nº 8.666/1993, todavia, não existe a hipótese de variação na remuneração do contratado conforme o seu desempenho. Sobre a remuneração na Lei Geral, Bruno Aurélio anota que, em atenção ao artigo 37, inciso XXI da Constituição, as cláusulas de pagamento são inatingíveis pelas cláusulas exorbitantes.²²¹ Assim, a Lei Geral de Licitações e Contratos, ao longo dos artigos 5º; 40, inciso XIV, alíneas ‘a’ a ‘e’; e 55, inciso III, estabelece que os contratos devem definir os elementos estruturais da remuneração do particular contratado, no mínimo, no

²²¹ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

tocante: “(i) à previsão orçamentária e quantum originalmente devido; (ii) ao período e prazo de desembolso; (iii) às regras e critérios de atualização financeira; e (iv) às compensações e descontos por antecipação de pagamento”.²²² Logo, existe um maior grau de certeza quanto ao desembolso pela Administração Pública em contrapartida ao cumprimento do objeto contratado pelo particular.

O autor observa, porém, que, com certa frequência, o instrumento convocatório e o contrato não estabelecem previamente o valor total devido ao particular; mas, sim, preveem critérios para a sua apuração no caso concreto, tal como ocorre, por exemplo, na contratação de serviços de auditoria especializada por hora trabalhada.²²³ Trata-se de exceção à regra estabelecida na Lei Geral de Licitações e Contratos em virtude da peculiar natureza do objeto contratado.²²⁴ Bruno Aurélio, então, conclui que o instituto da remuneração variável exige do aplicador uma interpretação de acordo com o regime jurídico-administrativo e, especialmente, com a finalidade da norma.²²⁵

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães afirmam que a experiência histórica das concessões no Brasil prestigiou técnicas repressivas de ajustamento da conduta do concessionário ao alcance de metas de qualidade e de disponibilidade. Sob um ângulo econômico, a penalização pecuniária não atinge a receita do concessionário, mas cria novos custos, o que permite ao concessionário valer-se de expedientes protelatórios, operando efeitos econômicos somente após o desenvolvimento de um processo administrativo que respeite todos os princípios e garantias constitucionais. Ao adotar a remuneração variável, o RDC acolhe a dinamização do vínculo entre a remuneração do contratado e seu desempenho, o que pode significar uma evolutiva referibilidade da remuneração a índices de produtividade e metas de eficiência.²²⁶

²²² AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Idem.

²²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 230-231.

A remuneração variável, na visão de Rafael Wallbach Schwind, constitui mecanismo pelo qual se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro predeterminado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência, adotando-se, portanto, uma sistemática de contratos de risco, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de resultados.²²⁷ A ideia central do instituto está na diminuição de custos para a Administração Pública, que criará estímulos econômicos para atrelar a remuneração do contratado à respectiva eficiência.²²⁸

Destarte, a vinculação da remuneração à obtenção de uma vantagem previamente determinada pode ser a solução mais vantajosa para ambas as partes contratantes. Considerando que, no momento de definição das condições contratuais deve haver uma ponderação dos riscos e dos benefícios envolvidos, em muitos casos condicionar a integralidade da remuneração do contratado à obtenção de um benefício cuja ocorrência é incerta poderá ser a solução mais adequada.²²⁹ A vinculação de uma maior remuneração do contratado a um contrato de risco, portanto, deriva da ponderação dos custos de transação envolvidos para ambas as partes, tratando-se, em última análise, de uma sistemática de alocação de riscos, uma vez que há uma definição sobre quem assumirá os riscos relacionados à efetiva obtenção de determinado proveito.²³⁰

Marçal Justen Filho anota que a remuneração variável é uma solução adequada para aquelas hipóteses em que a natureza e as circunstâncias comportam níveis variados de satisfação do interesse administrativo.²³¹ Nesses casos, segundo o autor, o atingimento do nível mais elevado de qualidade é economicamente muito oneroso, tecnicamente problemático ou fisicamente impossível, mas o interesse da

²²⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 169-170.

²²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública:** a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 229.

²²⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 171-172.

²³⁰ Ibid. p. 170.

²³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC:** lei 12.462/11 e decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 207.

Administração já é satisfeito mediante uma prestação de qualidade inferior, sem que isso signifique a ausência de vantagem e o adimplemento por parte do contratado, desde que respeitado um nível mínimo exigido.²³² Assim, a remuneração variável só pode ser admitida nesses casos em que o interesse administrativo comporta satisfação mediante uma prestação de qualidade inferior ao ótimo possível.²³³

Em resumo, haverá, de um lado, condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo particular contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades públicas e cujo descumprimento acarretará a imposição de sanções; e, por outro lado, metas adicionais que, caso sejam alcançadas, proporcionarão vantagens ainda maiores à Administração Pública e incrementarão a remuneração do contratado, mas cujo não atendimento não configurará inadimplemento, tampouco dará azo à imposição de sanções.²³⁴

Assim, uma vez definidos os critérios relativos às metas, aos padrões de qualidade, à sustentabilidade ambiental e ao prazo de entrega no instrumento convocatório e no contrato da licitação na modalidade de RDC, o particular contratado fará jus a um bônus remuneratório em caso de atingimento daqueles critérios previamente definidos. O § 3º do artigo 70 do decreto, acima transcrito, determina que o valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública. Deve, portanto, haver uma justificativa técnica que demonstre essa correlação econômica.²³⁵

O modelo exige uma definição adequada e satisfatória dos interesses da Administração, com o estabelecimento de padrões de qualidade mínima apropriados e

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 208.

²³³ *Ibid.*, p. 209.

²³⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 178.

²³⁵ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

suficientes e a fixação de condições de execução da prestação que assegurem a obtenção da utilidade apta a atender os interesses da Administração.²³⁶

Ainda, o § 2º do artigo em comento ressalva que ganhos provenientes de ações da Administração Pública não devem ser considerados no cômputo do desempenho do particular. Por fim, ressalte-se que a adoção dos critérios de remuneração variável deverá ser motivada pela autoridade competente quanto aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, ao valor a ser pago e ao benefício a ser gerado para a Administração Pública, conforme o § 1º do artigo 70 do Decreto. Ademais, o ente licitante observará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação, isto é, o valor do contrato original acrescido da remuneração variável não poderá ser superior ao orçamento que serviu de base para a licitação. Logo, a avaliação da compatibilidade da despesa com a lei orçamentária tomará em vista não o valor-base da remuneração; mas, sim, o valor total que será devido ao particular em caso de preenchimento dos pressupostos para a remuneração adicional.²³⁷

A fixação de limite orçamentário associada à necessidade de motivação para a adoção da remuneração variável são restrições que impedem o uso do instituto como meio para alcançar modificações substanciais e ilegítimas no valor do contrato.²³⁸

Portanto, a remuneração variável encerra um instrumento útil para estimular a eficiência nas contratações públicas e uma melhor execução dos objetos contratados. Novamente Bruno Aurélio observa que a finalidade do RDC, segundo insculpido no artigo 1º, § 1º, da Lei Federal nº 12.462/2011,²³⁹ está intimamente vinculada à busca pela maior eficiência na contratação, a qual resulta de uma composição desses objetivos

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 211. O autor observa ainda que “até seria imaginável que a Administração impusesse como necessário o atingimento daquele resultado ótimo. Mas isso se traduziria numa potencial redução da competição, com efeitos nocivos para a própria Administração”. p. 213.

²³⁷ *Ibid.*, p. 212.

²³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 232.

²³⁹ “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 1º, § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.”

traçados pela norma.²⁴⁰ Desse modo, a remuneração variável deverá ser instituída “com o objetivo de constituir uma relação jurídica que, após ampla e justa competição entre os interessados, materialize o melhor benefício econômico ao Estado”.²⁴¹ Por desempenho do contratado, no caso, deve-se ter em mente “a maneira como algo ou alguém atua, voltando-se ao exame da ação e do resultado com atenção a parâmetros considerados ótimos”.²⁴²

Em relação às hipóteses de incidência, em princípio, a remuneração variável seria cabível em quaisquer licitações para a contratação de obras e serviços em que for adotado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.²⁴³ Ocorre que os contratos de aquisição de bem são, via de regra, de trato instantâneo, ou seja, o bem deverá ser entregue ao longo do prazo e em atenção à qualidade definida no ajuste. Nesse caso, em não sendo atendidos os requisitos de qualidade e prazo estipulados no edital, não se cogita de simples mau desempenho do contratado; mas, sim, em efetivo descumprimento contratual,²⁴⁴ motivo pelo qual o instituto não parece ser aplicável à aquisição de bens.

Rafael Wallbach Schwind, contudo, ressalva que a remuneração variável seria em tese cabível para a aquisição de bens, pois, além de esses contratos nem sempre serem de trato instantâneo, podendo ocorrer o fornecimento com regularidade durante certo período, mesmo que se trate de uma contratação de fornecimento único, o estabelecimento de metas diferenciadas que proporcionem vantagens adicionais à Administração não seria desarrazoada nem incompatível com a remuneração variável.²⁴⁵

²⁴⁰ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

²⁴¹ Idem.

²⁴² Idem.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 179. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013: “Há casos em que contratos de compra apresentam características que legitimam a previsão de remuneração variável em vista da qualidade da prestação. Assim se passa, especificamente, nas hipóteses em que a contratação envolver a produção ou o fornecimento em condições diferenciadas”. p. 213-214.

É imprescindível que os critérios que serão utilizados para avaliar a remuneração do contratado sejam objetivos. O instrumento convocatório e o contrato administrativo devem estabelecer regras claras, certas, com critérios aferíveis de modo objetivo, preferencialmente mediante simples cálculo matemático. Vale lembrar que a busca do melhor atendimento possível do objeto contratado é obrigação da Administração Pública. Porém, essa atividade deverá sempre estar delimitada de forma clara, objetiva e pressuposta, evitando que tais critérios e juízos possam confirmar arbitrariedades oriundas da predominância do interesse secundário da Administração Pública.²⁴⁶ A adoção de critérios subjetivos contraria a própria finalidade da contratação pública, por não conferir um mínimo de segurança jurídica.

Por conseguinte, a remuneração variável deverá estar disciplinada de modo exaustivo no edital e no contrato, mas não será objeto de proposta pelos licitantes, devendo ser fixada pela Administração Pública, sob pena de restar inviável a determinação da proposta mais vantajosa.²⁴⁷

A objetividade dos critérios está relacionada ao dimensionamento da margem de discricionariedade da Administração Pública, o que produz efeitos diretos nos custos de transação, os quais são diminuídos com o incremento da segurança jurídica.²⁴⁸

Nesse passo, o artigo 8º, inciso XIV, do Decreto Federal nº 7.581/2011 não deixa dúvidas de que a definição dos critérios deve atender a esse requisito de objetividade.²⁴⁹ A regulamentação buscou vedar que a Administração Pública: i) não

²⁴⁶ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11; decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

²⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 218.

²⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 233-234.

²⁴⁹ “Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Art. 8º O instrumento convocatório definirá: [...] XIV - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, quando for o caso;”

estabeleça previamente à contratação os critérios que nortearão o contrato; e/ou ii) preveja apenas critérios formais, abstratos ou subjetivos à avaliação do contratado.²⁵⁰

O artigo 10 da Lei do RDC prevê que a análise do desempenho será feita com base em 1) metas, 2) padrões de qualidade, 3) critérios de sustentabilidade ambiental e 4) prazo de entrega.

Em relação às metas, caberá ao contratante fixar diversas situações fáticas cujos conteúdos, uma vez atingidos pelo particular contratado, denotem o atendimento escalonado dos objetivos perseguidos pela Administração Pública.²⁵¹ Essas situações fáticas deverão ser alcançáveis em condições normais de excelência pelo mercado, sob pena de desvio de sua finalidade e consequente invalidade.²⁵²

Já a fixação de padrões de qualidade também deverá atender aos requisitos de objetividade e pertinência à realidade, pois não se pode exigir um conceito ou nota de qualidade inexistente no mercado, impedindo o seu atendimento pelo particular.²⁵³ Marçal Justen Filho pondera que o padrão de qualidade “consiste no atributo relativo à sua composição, rendimento, vida útil, nível de efeitos produzidos e assim por diante”²⁵⁴ e pode referir-se tanto à composição intrínseca do objeto como às características dos efeitos a ele pertinentes.²⁵⁵

Os critérios de sustentabilidade ambiental, por sua vez, demandam um conhecimento técnico específico que extrapola os contornos do objeto e os fins de uma contratação de obras e serviços, devendo, nesse caso, a Administração Pública socorrer-se de órgãos especializados e de normas específicas da área para fundamentar os critérios adotados.²⁵⁶ Nesse caso específico, a Administração Pública utiliza-se de um

²⁵⁰ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11; decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

²⁵¹ Idem.

²⁵² Idem.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 215.

²⁵⁵ Ibid., p. 215.

²⁵⁶ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11; decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

mecanismo de função promocional do direito para se obter resultados benéficos para a coletividade, com a diminuição dos impactos ambientais advindos da obra.²⁵⁷

Por fim, quanto ao prazo de entrega, novamente deve-se atentar para a fixação de prazos tecnicamente possíveis segundo os padrões do mercado e a boa técnica. Cabe lembrar que será ilegítimo o desconto de valores do contratado em decorrência de descumprimento de obrigações pela Administração Pública que acarretem atraso ao cronograma dos serviços ou, ainda, da incidência de fatores alheios à vontade e à ação do particular, tal como hipóteses de caso fortuito e força maior.²⁵⁸

Dessa forma, atingidos os critérios acima delineados, o ato de avaliação deverá ser de natureza vinculada, independentemente de juízo subjetivo do avaliador ou de critérios estranhos ao instrumento convocatório e ao contrato. Anote-se, a esse respeito, que, ainda que a Lei do RDC afaste a incidência das normas da Lei Federal nº 8.666/1993, deve-se aplicar analogicamente o parágrafo único do artigo 59 dessa última norma, segundo o qual a nulidade da licitação ou do contrato não exonera a Administração Pública do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos que forem comprovados, tendo em vista que a responsabilidade pela fixação das regras para a remuneração variável é da Administração Pública.²⁵⁹

A remuneração variável foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista e autuada sob o número 4.645.²⁶⁰ Segundo argumentou-se na petição inicial dessa ação, o instituto da

²⁵⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 180.

²⁵⁸ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11):** Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

²⁵⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 183.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645. Requerentes: PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista.

remuneração variável ofenderia os princípios da moralidade e da impessoalidade, pois deixam ao gestor público a opção sobre os valores que serão pagos ao contratado, o que fomentaria relações promíscuas entre o público e o privado.²⁶¹ No Ofício nº 0315/2011-PRESID/ADVOSF, em que presta informações no âmbito da ADI, o Senado Federal argumenta que além das hipóteses de cumprimento e de descumprimento do objeto avençado, o RDC introduz a hipótese de supercumprimento,²⁶² que seria:

a execução do contrato em padrões de eficiência, qualidade, celeridade e sustentabilidade ambiental superiores aos inicialmente estipulados no contrato e no instrumento convocatório, com a consequência de a Administração Pública remunerar o contratado em valores superiores ao preço inicialmente ajustado, conforme critérios objetivos também predeterminados.²⁶³

Ainda, o Senado ressaltou que o mais relevante da remuneração variável é a inovação na busca pela eficiência e pela economicidade nas contratações públicas.²⁶⁴ Assim, a empresa que tem elevado grau de eficiência poderá contar com a sua capacidade operacional para reduzir o preço de mercado, computando como remuneração o acréscimo advindo do cumprimento das metas de desempenho.²⁶⁵ Portanto, sob a visão do Senado Federal, além de assegurar maior eficiência e qualidade na execução dos contratos, a remuneração variável acirra a competição entre as concorrentes e acaba por reduzir o custo inicial da obra ou serviço para a Administração Pública.²⁶⁶

Já o Parecer da Subchefia para Assuntos Jurídicos nº 2903/2011 – BRN, da Casa Civil, argumentou que a remuneração variável é um “instrumento legislativo consentâneo com uma gestão por resultados, preocupada com a eficácia e a efetividade das contratações públicas, em conformidade com o princípio constitucional da

Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de agosto de 2011. A ADI não teve nem sequer seu pedido cautelar apreciado até a data de encerramento desta dissertação.

²⁶¹ Idem.

²⁶² BRASIL. Senado Federal. **Ofício nº 0315/2011-PRESID/ADVOSF, de 23 de setembro de 2011.** Brasília, 2011. p. 39.

²⁶³ Ibid., p. 40

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Ibid., p. 39-42.

eficiência”,²⁶⁷ bem como “busca a concretização do princípio da eficiência nas contratações públicas, inserido em um modelo de gestão pública por resultados”.²⁶⁸

Com efeito, o instituto da remuneração variada, desde que respeitados os requisitos de motivação, respeito à previsão orçamentária, estabelecimento de normas claras e objetivas no edital e no contrato e, ainda, de aplicação única e exclusivamente para aquelas prestações que comportem níveis diferentes de atendimento do interesse público, desde o mais básico (mas com respeito a um nível de qualidade mínimo previamente estabelecido) até os superiores, é uma interessante ferramenta para obtenção de contratações mais eficientes e que, ao mesmo tempo, respeitem os princípios constitucionais de legalidade, moralidade e impessoalidade.

3.3.3 O critério de maior retorno econômico e o contrato de eficiência

Além da remuneração variável, a Lei do RDC trouxe também a figura do contrato de eficiência, firmado com os licitantes vencedores em casos em que tenha sido adotado o critério de julgamento do maior retorno econômico para a Administração Pública (Lei 12.462/2011, artigo 18, inciso V).²⁶⁹ O assunto está tratado no artigo 23 da lei e no artigo 36 do decreto:

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir 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 em percentual da economia gerada.

Art. 36. No critério de julgamento pelo maior retorno econômico as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

²⁶⁷ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Parecer da Subchefia para Assuntos Jurídicos nº 2903/2011 – BRN, de 13 de setembro de 2011**. Brasília, 2011. p. 12.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. “O critério de maior retorno econômico destina-se a avaliar propostas de contratos de eficiência, que objetivam propiciar a redução de despesas correntes da entidade administrativa mediante a introdução de inovações, reformas ou serviços propostos pelo licitante”. p. 407.

§ 1º O critério de julgamento pelo maior retorno econômico será utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência.

§ 2º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que poderá incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao órgão ou entidade contratante, na forma de redução de despesas correntes.

§ 3º O instrumento convocatório deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado.

§ 4º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico é o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

Assim, trata-se de um contrato de risco em que a remuneração do particular contratado também irá variar conforme um percentual em relação à economia gerada para a Administração Pública, de forma semelhante ao instituto da remuneração variável. Marçal Justen Filho dá a seguinte definição para os contratos de eficiência:

O contrato de eficiência consiste num contrato administrativo bilateral por meio do qual um particular assume a obrigação de propiciar redução de despesas correntes da Administração Pública, por meio da execução de serviços, obras e fornecimentos e da introdução de práticas de racionalização do consumo em edifícios da Administração Pública, sendo a ele assegurada remuneração proporcional à redução de custos obtida.²⁷⁰

É mister frisar que os institutos da remuneração variável e do contrato de eficiência não se confundem. Rafael Wallbach Schwind esclarece que a remuneração variável é um mecanismo de sanção premial, em que o não atingimento das metas previstas não configura inadimplemento contratual; apenas, a Administração Pública deixa de ter um benefício extra.²⁷¹ Já no contrato de eficiência o contratado assume um dever de gerar economia para a Administração Pública, em razão da qual será feita a sua remuneração, mas, ao contrário do instituto da remuneração variável, o não atingimento da economia implica numa redução da remuneração e eventualmente em sanção por inadimplemento contratual.²⁷²

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 408-409.

²⁷¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 187.

²⁷² Ibid., p. 187.

O objetivo do contrato de eficiência é gerar uma economia para a Administração Pública, na forma de redução de despesas correntes. Essas, de acordo com o artigo 12 da Lei Federal nº 4.320/1964, classificam-se em despesas de custeio e transferências correntes. As despesas de custeio são as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis, conforme o § 1º, do artigo 12. Já as transferências correntes são as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado, de acordo com o § 2º, do artigo 12 da Lei Federal nº 4.320/1964. Novamente Rafael Wallbach Schwind aponta que, muito provavelmente, o campo de aplicação do contrato de eficiência é o das despesas de custeio, mas, como o artigo 23, § 1º, refere-se de modo geral às despesas correntes, não convém restringi-lo.²⁷³

O contrato de eficiência compreende uma obrigação de resultado, em que as soluções técnicas, ou seja, a concepção do objeto, ficarão a cargo do particular.²⁷⁴ Segue que o particular não terá direito a remuneração pelo seu simples esforço, caso a economia pretendida não seja atingida, por mais que esse esforço traga algum benefício para a Administração Pública.²⁷⁵

De acordo com o § 1º, do artigo 23, da Lei do RDC, acima transcrito, o contrato é aplicável aos serviços, ainda que inclua a realização de obras e o fornecimento de bens, sendo o particular remunerado com base em percentual da economia gerada. Os pressupostos de utilização do instituto em comento, segundo Marçal Justen Filho, são os seguintes: i) despesas de custeio superiores ao possível: deve haver indícios de desperdício na utilização dos recursos da Administração Pública; ii) cabimento de reforma na situação existente: deve haver a possibilidade de reforma

²⁷³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 187-188. Em sentido contrário, Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013, para quem o contrato de eficiência, sendo firmado com determinada entidade da Administração Pública, envolveria apenas as despesas de custeio daquele órgão, não sendo possível versar sobre transferências correntes, as quais se destinam a outros órgãos. p. 409.

²⁷⁴ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 412.

²⁷⁵ Ibid., p. 413.

nas instalações da Administração Pública, pois o contrato de eficiência não poderá ser executado se houver impedimento de ordem jurídica, material ou política para a reforma, sem a qual fica comprometido o atingimento do resultado; iii) exequibilidade da contratação: o montante dos investimentos a cargo do particular deve ser compensado pela economia potencialmente prometida; e iv) viabilidade: a Administração Pública deve instaurar um procedimento interno para reunir as informações pertinentes e avaliar a existência de empresas no mercado que ofereçam o serviço em questão.²⁷⁶

No consentâneo à remuneração do particular, o artigo 36, § 3º, do Decreto estabelece que o instrumento convocatório deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado. Sobre esse tema, seria possível estabelecer escalas progressivas de percentuais, conforme a economia gerada, o que seria um interessante mecanismo de sanção premial.²⁷⁷ A remuneração será destinada a amortizar o capital investido pelo particular e a compensar todas as despesas incorridas, além de lhe assegurar uma margem de lucro compatível com os riscos assumidos.²⁷⁸ Ainda, o instrumento convocatório e o contrato devem prever o momento de aferição da economia e um prazo razoável para que ela comece a ser gerada.²⁷⁹

Deve-se ter em mente, também, que o artigo 36, § 4º, estabelece que o retorno econômico é o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço. Por conseguinte, a identificação da proposta mais vantajosa para um contrato de eficiência deriva do maior retorno econômico líquido para a Administração Pública, que resulta da combinação de dois fatores: i) montante de redução das despesas correntes e ii) percentual de remuneração sobre a redução.²⁸⁰

²⁷⁶ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 422.

²⁷⁷ Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**: comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 188-189.

²⁷⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 414.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 189.

²⁸⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O**

O artigo 23, § 3º, da Lei do RDC prevê que, nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada. Caso essa diferença seja superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença. O dispositivo incorre em defeito, pois, em verdade, não se configura uma penalidade em sentido próprio, mas sim uma indenização por perdas e danos.²⁸¹ Por fim, é possível estabelecer no contrato um limite máximo para a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida. Superado esse, o particular contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções, além de ser obrigado a indenizar a Administração Pública pela diferença entre a economia prometida e a obtida.

É indispensável, também, que o instrumento convocatório preveja o prazo de vigência do contrato, durante o qual o particular compartilhará os benefícios e auferirá uma remuneração, não sendo cabível que um contrato de eficiência seja pactuado por prazo indeterminado.²⁸² Importante frisar também, em relação aos prazos, que, como não há vinculação de recursos orçamentários com a remuneração do particular, não se aplica a limitação da duração dos contratos à vigência dos respectivos créditos orçamentários, conforme previsto no artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/1993.²⁸³

O contrato de eficiência não se confunde com outras figuras do ordenamento jurídico pátrio. Distingue-se do contrato de terceirização, na medida em que não há eliminação de quadro de pessoal da Administração Pública, tampouco assunção da prestação de um serviço em nome próprio pelo particular.²⁸⁴ Por esse último aspecto, qual seja, o de que não há assunção de serviço pelo próprio particular e, portanto, inexistente relação direta entre o particular e o usuário, não se confunde tampouco com a concessão de serviço público, regulada pela Lei Federal nº 8.987/1995.²⁸⁵ Por fim, o contrato de eficiência é distinto da concessão administrativa tratada na Lei Federal nº 11.079/2004, pois nessa última o parceiro privado assume uma

regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 190-191.

²⁸¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11.** São Paulo: Dialética, 2013. p. 415-416.

²⁸² Ibid., p. 417.

²⁸³ Ibid., p. 424.

²⁸⁴ Ibid., p. 417.

²⁸⁵ Ibid., p. 418.

atuação direta, permanente e contínua, destinada a satisfazer as necessidades da Administração Pública, o que não ocorre no contrato de eficiência, em que existe apenas uma intervenção pontual do particular, que presta serviço necessário à redução das despesas da Administração Pública.²⁸⁶ Ademais, na concessão administrativa, a remuneração do particular pode ser proporcional aos riscos, mas não será calculada como um percentual sobre os benefícios, tal como ocorre no contrato de eficiência.²⁸⁷

A exemplo do que restou assentado acerca da contratação integrada, por tratar-se igualmente de uma obrigação de resultado, Marçal Justen Filho entende que a natureza e as características do contrato de eficiência são incompatíveis com a elaboração de um projeto básico prévio.²⁸⁸ Poderá existir um termo de referência sumário, com indicação dos elementos fundamentais, com os estudos iniciais acerca da viabilidade do contrato de eficiência, mas o projeto básico e o projeto executivo, caso necessário, ficarão a cargo do particular.²⁸⁹ Ainda, como não há desembolso pela Administração Pública para custear as obras, serviços e fornecimentos, não cabe orçamento estimativo prévio ou mesmo cobertura orçamentária, já que a remuneração do particular advirá da economia gerada.²⁹⁰

Repise-se que a incompatibilidade da elaboração do projeto básico não autoriza a Administração Pública a aceitar uma prestação de serviços desprovida de critérios mínimos de qualidade. Pelo contrário, Marçal Justen Filho salienta:

Deverão ser fixados atributos de qualidade mínima no tocante às prestações a serem executadas pelo particular. As intervenções promovidas pelo particular deverão envolver produtos de qualidade adequada e respeitar todos os padrões exigidos pela técnica e pela ciência. Se a proposta não contemplar a aplicação de materiais com qualidade apropriada, a observância dos métodos respaldados pela técnica, o respeito às exigências de desempenho e assim por diante, não existirá vantagem para a Administração. Portanto, a finalidade de obtenção de redução de despesas não afasta a necessidade de respeito a atributos de qualidade mínima. Essa questão deverá ser verificada inclusive no conteúdo da proposta de trabalho apresentada pelo licitante.²⁹¹

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 418.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ Ibid., p. 423.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Ibid., p. 424.

Quanto a esse último aspecto, da proposta de trabalho, aliás, o artigo 23, § 2º, da Lei do RDC e o artigo 37 do Decreto do RDC determinam que os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço. A proposta de trabalho deverá contemplar as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento e a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa em unidade monetária. Logo, conforme anota Rafael Wallbach Schwind, o exame pela Administração Pública não se restringe ao maior retorno econômico. É preciso verificar também se a proposta de trabalho é condizente com a legislação vigente, não se admitindo a utilização de meios fraudulentos ou ilegais para gerar a economia prometida.²⁹²

Por fim, no que tange ao procedimento licitatório em si, entende-se que a utilização do critério de maior retorno econômico demanda a inversão de fases tratada pela Lei do RDC, ou seja, a adoção da sistemática da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, em que a fase de habilitação antecede a fase de julgamento das propostas. Ocorre que, no contrato de eficiência, os requisitos de habilitação são muito relevantes, sendo aconselhável que somente sejam consideradas as propostas formuladas pelos licitantes que comprovem sua idoneidade para executar o futuro objeto do contrato.²⁹³

Da mesma forma, em relação ao modo de disputa, o fechado seria mais adequado, pois a disputa de lances sucessivos apresenta riscos relevantes para a Administração Pública, eis que cada licitante formulará uma proposta complexa, em que estima o valor da economia e apresenta uma proposta de remuneração porcentual.²⁹⁴ Existem, portanto, duas variáveis na formulação da proposta e a produção de lances sucessivos envolveria a elevação da estimativa de economia ou a redução da porcentagem de remuneração.²⁹⁵ Como a Administração Pública não dispõe de condições de avaliar com maior precisão a correção das propostas de trabalho e das

²⁹² SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 189-190.

²⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 427.

²⁹⁴ Ibid., p. 428.

²⁹⁵ Ibid., p. 428.

economias geradas, a escolha pelo modo de disputa aberto gera um risco elevado de que os licitantes desnaturarem suas propostas originais.²⁹⁶

3.3.4 Sigilo do valor estimado

A Lei Federal nº 8.666/1993 estabelece, em seu artigo 40, § 2º, que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários do objeto licitado devem obrigatoriamente compor os anexos do instrumento convocatório.

O RDC, a seu turno, caminha em sentido contrário, eis que prevê que “o orçamento previamente estimado 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.”²⁹⁷ Adiante o § 3º, do artigo 6º, da Lei do RDC, indica a possibilidade de divulgação do orçamento juntamente com o edital de abertura do certame, ao assentar que “Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso [...]”.²⁹⁸ Nesse passo, o § 1º, do artigo 6º, da lei e o artigo 9º, § 2º, do Decreto estipulam que o edital conterà o orçamento previamente estimado nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto.

Como visto, trata-se a elaboração do orçamento de uma atividade que deve ser desempenhada na fase interna do certame. Não se pode confundir a sua elaboração com a sua divulgação. A Administração Pública, a princípio, está obrigada a elaborar o orçamento, salvo naqueles casos em que isso seja incompatível com o objeto licitado, conforme será abordado, ainda que não venha a divulgá-lo num primeiro momento. Além de ter por objetivo a definição da necessidade administrativa e do objeto licitado, há previsão específica sobre sua obrigatoriedade na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e na legislação orçamentária.²⁹⁹

²⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 428.

²⁹⁷ Lei ordinária federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 6º.

²⁹⁸ Lei ordinária federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 6º, § 3º.

²⁹⁹ Cf. CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 75.

Ademais, o sigilo abarca apenas os custos e estimativas de preços. Como alertam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães: “Todas as demais informações necessárias à formulação de propostas pelos interessados deverão ser acessíveis, inclusive as planilhas dos quantitativos unitários, cuja disponibilização prévia é exigência inarredável ao desencadeamento da licitação”.³⁰⁰

Roberto Dias e João Paulo Ferreira manifestam-se contra tal sistemática de sigilo, assinalando que a mitigação à publicidade não se amolda à hipótese na qual o “sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, situação eleita pela Lei da Transparência como justificativa para o sigilo da informação,³⁰¹ razão pela qual os autores sustentam que essa prática viola o princípio da publicidade dos atos administrativos, bem como os princípios da eficiência e moralidade, no caso da contratação integrada e da remuneração variável.³⁰²

O sigilo do orçamento também foi objeto da ADIN 4.645, referida alhures. Argumentou-se que a disposição prevista no RDC inverteria a regra constitucional da publicidade e da transparência da atuação estatal e ainda elidiria o dever constitucional de motivação dos atos administrativos.³⁰³

Marçal Justen Filho tem posicionamento diverso quanto a esse aspecto, pois entende que, embora a regra geral imponha a elaboração da estimativa prévia de custos, em razão da necessidade de a Administração Pública efetuar um pagamento ao futuro contratante, em contrapartida à obra, serviço ou bem por esse entregue, em outros casos isso será incompatível com a licitação, tal como no caso da contratação integrada. Ocorre que, em sendo adotado tal regime de contratação, a atribuição de riscos será do particular e, via de regra, não havendo projeto básico, a Administração Pública nem

³⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 198.

³⁰¹ “Lei ordinária federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;”

³⁰² DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no regime diferenciado de contratações públicas (algumas considerações críticas). In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645. Requerentes: PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de agosto de 2011. A ADI não teve nem sequer seu pedido cautelar apreciado até a data de encerramento desta dissertação.

sequer teria condições de elaborar esse cálculo, pela falta dos elementos necessários.³⁰⁴ Isso também ocorre no caso da remuneração variável, pois o critério de julgamento será o maior retorno econômico. Daí a incompatibilidade com a elaboração de um orçamento prévio.³⁰⁵

No mesmo sentido, André Guskow Cardoso, após lembrar que a transparência da atuação estatal decorre de uma imposição do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição, atualmente regulado pela Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei da Transparência, já referida), bem como do princípio republicano; lembra que algumas atividades estatais podem prescindir de uma ampla e prévia publicidade, sob pena inclusive de prejudicar a persecução do interesse público. Nesses casos, a publicidade dá-se de forma diferida, após a prática do ato. Conclui o autor que o princípio da publicidade pode ser mitigado pela ponderação com outros princípios consagrados na Constituição, desde que, obviamente, essa mitigação seja feita com proporcionalidade, ou seja, não pode ser por tempo indeterminado.³⁰⁶

A questão do orçamento prévio ganha destacada importância no caso do RDC, tendo em vista que a Lei Federal nº 12.462/2011, em seu artigo 24, inciso III, prevê a desclassificação das propostas que apresentarem preços acima do orçamento estimado para a contratação, mesmo no caso de esse documento permanecer em sigilo. Adotou-se essa sistemática sob o argumento de que a divulgação do orçamento previamente ao recebimento das propostas desincentiva a competição entre os licitantes.

Luiz Alberto Blanchet, em comentário acerca do Regime Geral de Licitações e Contratos Administrativos da Lei Federal nº 8.666/1993, ponderou que “a publicação dos orçamentos distorce os preços a serem propostos, porque o proponente deixará de calcular os seus próprios custos para se basear no orçamento da Administração”.³⁰⁷ O autor já alertava que “quando não se dá publicidade ao orçamento,

³⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 107.

³⁰⁵ Ibid., p. 108.

³⁰⁶ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 81-84.

³⁰⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1995. p. 55.

a variação dos preços é maior, tornando maior a competitividade e a vantagem para o interesse público.”³⁰⁸

Agregue-se que o orçamento sigiloso é inspirado em experiências internacionais, como uma forma para combater a corrupção e a ineficiência. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em documento intitulado Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas assevera, no item “4. ELABORAR O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DE FORMA A REDUZIR EFICAZMENTE A COMUNICAÇÃO ENTRE CONCORRENTES”:

Ao elaborar um processo de contratação pública, os responsáveis pelas aquisições devem estar conscientes dos diversos fatores que podem facilitar o conluio. A eficiência do processo vai depender do modelo de contratação adotado, mas também da forma como o concurso é concebido e levado a cabo. Os requisitos de transparência são indispensáveis para um processo correto, que contribua no combate a corrupção. Estes requisitos devem ser respeitados de uma forma equilibrada, a fim de não facilitar o conluio com a disseminação de informações para além dos requisitos legais. Infelizmente, não existe uma regra única sobre a concepção de um leilão, concurso ou licitação. As propostas têm de ser concebidas em função da situação existente e, sempre que possível, devem ser consideradas as seguintes questões:

[...]

- Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. Esses preços mínimos não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.³⁰⁹

Também o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) estabelece a confidencialidade de informações em licitações financiadas por essa entidade. Com efeito, no documento “DIRETRIZES PARA AQUISIÇÕES DE BENS, OBRAS E SERVIÇOS TÉCNICOS FINANCIADOS POR EMPRÉSTIMOS DO BIRD E CRÉDITOS & DOAÇÕES DA AID, PELOS MUTUÁRIOS DO BANCO MUNDIAL” consta:

³⁰⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1995. p. 55.

³⁰⁹ OECD - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Diretrizes para combater conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>. p. 8-9. Acesso em: 25 jan. 2018.

Confidencialidade

2.47 Após a abertura das propostas, qualquer informação relativa a exame, esclarecimento, e avaliação de propostas, bem como informação relativa a recomendações de outorga do contrato só serão fornecidas aos licitantes e a terceiros não envolvidos oficialmente nesse processo de avaliação das propostas, após a publicação da outorga do contrato.³¹⁰

Nos Estados Unidos, a *Federal Acquisition Regulation* (FAR), norma que regula os procedimentos de contratação no âmbito Federal, estabelece nas Seções 36.203 e 36.204:

36.203 Government estimate of construction costs.

(a) An independent Government estimate of construction costs shall be prepared and furnished to the contracting officer at the earliest practicable time for each proposed contract and for each contract modification anticipated to exceed the simplified acquisition threshold. The contracting officer may require an estimate when the cost of required work is not anticipated to exceed the simplified acquisition threshold. The estimate shall be prepared in as much detail as though the Government were competing for award.

[...]

(c) Access to information concerning the Government estimate shall be limited to Government personnel whose official duties require knowledge of the estimate. An exception to this rule may be made during contract negotiations to allow the contracting officer to identify a specialized task and disclose the associated cost breakdown figures in the Government estimate, but only to the extent deemed necessary to arrive at a fair and reasonable price. The overall amount of the Government's estimate shall not be disclosed except as permitted by agency regulations.

36.204 Disclosure of the magnitude of construction projects.

Advance notices and solicitations shall state the magnitude of the requirement in terms of physical characteristics and estimated price range. In no event shall the statement of magnitude disclose the Government's estimate.³¹¹

³¹⁰ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Diretrizes para aquisições de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do Bird e créditos & doações da AID, pelos mutuários do Banco Mundial.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1252223/Diretrizes_para_bensx_obras_e_servicos_txcnicos.pdf/46d52bbc-4017-44d3-9a4c-39a691af54bc>. Acesso em: 26 jan. 2018.

³¹¹ UNITED STATES OF AMERICA. Department of defense. **Federal acquisition regulation.** Mar. 2005. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/browsefar>>. Acesso em: 28 jan. 2018. [Tradução Livre: 36.203 Estimativa do governo dos custos de construção. (a) Uma estimativa independente do governo dos custos de construção deve ser preparada e fornecida ao agente contratante o mais cedo possível para cada contrato proposto e para cada modificação do contrato antecipada a exceder o limiar de aquisição simplificado. O contratante pode exigir uma estimativa quando o custo do trabalho exigido não se prevê exceder o limiar de aquisição simplificado. A estimativa deve ser preparada com muito detalhe, como se o governo estivesse concorrendo para adjudicação. [...] (c) O acesso a informações relativas à estimativa do governo deve ser limitado ao pessoal do governo cujas funções oficiais exigem conhecimento da estimativa. Uma exceção a esta regra pode ser feita durante as negociações do contrato para permitir que o agente contratante identifique uma tarefa especializada e divulgue os valores de repartição de custos associados na estimativa do governo, mas somente na medida em que julgue

Por fim, cite-se o artigo 50º, item 4, da Diretiva 2014/24/EU, da União Européia:

4. Certas informações relativas à adjudicação de um contrato ou à celebração de um acordo-quadro podem não ser publicadas caso a sua divulgação possa obstar à aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, lesar os legítimos interesses comerciais de certos operadores económicos, públicos ou privados, ou prejudicar a concorrência leal entre eles.³¹²

Destarte, o sigilo do orçamento em conjunto com a regra de desclassificação de propostas cujo preço se encontre acima daquele valor orçado destina-se a evitar o conluio entre os licitantes, com a elevação de preços a níveis próximos daqueles estimados pela Administração Pública. Seria um estímulo para que os licitantes elaborassem suas propostas com a maior margem de desconto possível, sob pena de vê-las desclassificadas. Sobre esse segundo aspecto, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Carlos Pinto Coelho Motta afirmam que há a “possibilidade de se conferir maior densidade à responsabilidade do proponente quanto ao valor da proposta a ser construída, negociada e contratada com a Administração Pública”.³¹³

Em suas informações prestadas na já aludida ADI 4.645, o Senado Federal esclareceu que o sigilo previsto na lei é delimitado quanto ao tempo (até o encerramento da licitação), quanto aos sujeitos (não abrange os órgãos de controle) e quanto ao objeto (orçamento estimado).³¹⁴ Assim, teria havido ponderação adequada dos valores constitucionais envolvidos, notadamente os princípios da moralidade e da publicidade, preservando-se seus núcleos essenciais. Nesse sentido e segundo consta nas referidas

necessário para chegar a um preço justo e razoável. O montante total da estimativa do Governo não deve ser divulgado, exceto conforme permitido pelos regulamentos da agência. 36.204 Divulgação da magnitude dos projetos de construção. As notificações e solicitações antecipadas devem indicar a magnitude da obra em termos de características físicas e faixa de preço estimada. Em nenhum caso, a declaração de magnitude divulgará a estimativa do governo].

³¹² UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento europeu. **Diretiva 2014/24/UE, de 28 de março de 2014**. Estrasburgo, 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

³¹³ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao regime diferenciado de contratações: lei nº 12.462/2011 – decreto nº 7.581/2011**. 2. ed. rev. ampl. e atual.. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 137.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645. Requerentes: PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de agosto de 2011.

informações prestadas pelo Senado, o que a Lei Federal nº 12.462 pretendeu foi diferir a publicidade do orçamento para evitar a formação de cartel e a elevação de preços entre as empresas participantes dos procedimentos licitatórios.³¹⁵

Com efeito, André Guskow Cardoso assevera:

[...] há demonstrações objetivas no âmbito da ciência econômica de que, em regra, a não divulgação do orçamento estimado pela Administração para determinada contratação tem como efeito o incentivo a comportamentos competitivos pelos licitantes, conduzindo potencialmente à obtenção de propostas mais vantajosas, derivadas da ampliação da disputa. Trata-se de influenciar o comportamento dos licitantes, por meio da supressão de determinada informação ao início da fase de disputa, de modo a obter propostas mais reduzidas.³¹⁶

De fato, as licitações são um campo de estudo em que se pode aplicar a Teoria dos Jogos,³¹⁷ cuja premissa básica é a racionalidade dos jogadores. A situação amolda-se ao Dilema do Prisioneiro.³¹⁸ Assim, os licitantes seriam racionais nas suas escolhas, ou seja, buscariam maximizar seus ganhos ou benefícios. Em geral, o tema é abordado com vista a estimular a cooperação entre os participantes. No caso, porém, busca-se o oposto por meio do instituto do sigilo do orçamento: eliminar qualquer forma de cooperação (cartelização) entre os licitantes.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645. Requerentes: PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de agosto de 2011.

³¹⁶ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 87.

³¹⁷ A teoria dos jogos reconhece que a conduta a ser adotada por um sujeito, em face de certo conflito em face de terceiros, é fortemente influenciada pelas expectativas relacionadas à conduta alheia. Uma pessoa adota suas decisões não apenas como uma solução puramente pessoal. Toma em vista o conjunto de ações e reações pessoais e do outro, tal como os possíveis resultados que poderão ser obtidos a partir da conjugação desses fatores. A teoria dos jogos baseia-se na concepção de que a decisão adotada individualmente é produto de uma avaliação racional acerca da obtenção da melhor relação custo-benefício possível. A natureza do custo ou do benefício depende das circunstâncias e o que o sujeito sempre pretende é obter a maior vantagem possível a partir das escolhas realizadas. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 48.

³¹⁸ “A história original funciona da seguinte forma: dois suspeitos de um crime são presos pela polícia e interrogados separadamente, pois a polícia não tem provas suficientes para condená-los. Um deles pode desertar, confessando, e esperar uma pena mais leve. Porém, se ambos confessarem, serão condenados. Por outro lado, se cooperarem entre si e não confessarem, serão condenados a uma pena menor.” Cf. AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010. p. 118.

Bruno de Oliveira Lira, em estudo sobre os cartéis no âmbito das licitações, assevera que o preço de reserva atende a uma dupla função: i) retira do certame as empresas que tenham um custo de produção maior do que o preço de reserva apresentado pela Administração Pública; e ii) promove um acirramento do nível de competitividade das empresas participantes do certame, já que essas deverão compensar a menor probabilidade de ganhar a licitação com a apresentação de cotações mais baixas.³¹⁹ Assim, com o preço de reserva sigiloso, os cartéis perdem a referência do valor máximo pelo qual podem cotar o seu produto, a fim de obterem o maior lucro colusivo possível. Nesse caso, tenderão a cotar de forma mais agressiva, sob pena de perder o certame por conta de uma possível desclassificação devido ao sobrepreço.³²⁰

Marçal Justen Filho, contudo, observa que essa premissa é questionável e de difícil verificação. É questionável porque incompatível com a natureza de um mercado competitivo. O pressuposto da licitação é o de que o licitante que apresentar a menor proposta será o vencedor. Aí reside o incentivo. Por outro lado, se existir um acordo antijurídico entre os licitantes, ou seja, um conluio para escolher o vencedor, é irrelevante a divulgação ou não do valor do orçamento.³²¹ Assim:

Ao determinar o sigilo do orçamento e a desclassificação das propostas de valor superior, a Lei do RDC consagra uma espécie de solução fatalista. Trata-se de reconhecer como inevitável o acordo ilegal entre os licitantes. Então, a Administração renuncia à repressão desse tipo de conduta reprovável e apenas se satisfaz em obter um preço ao menos igual àquele constante do orçamento estimado.³²²

Ademais, considerando que à apresentação de propostas escritas segue-se a fase de lances entre os licitantes, seria ilógico pensar que haveria uma redução da competitividade simplesmente pela divulgação do orçamento.³²³

Márcio Cammarosano é mais enfático, ao afirmar que o argumento é falacioso, já que, havendo sigilo ou não, sempre poderá haver conluio entre os licitantes,

³¹⁹ LIRA, Bruno de Oliveira. Cartéis em licitação: utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional. Recife, 2012. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. p. 92-93.

³²⁰ Ibid., p. 93.

³²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 114-115.

³²² Ibid., p. 115.

³²³ Ibid., p. 115.

até pelo fato de que a Administração Pública elabora o orçamento prévio de acordo com os preços vigentes no mercado, que são, obviamente, do conhecimento das empresas do ramo.³²⁴ O autor alerta que, por estar o orçamento disponível aos órgãos de controle interno e externo, haverá risco de quebra do sigilo por parte de algum integrante dos referidos órgãos.³²⁵

Os riscos derivados da sistemática poderiam ser sintetizados da seguinte forma: a) quebra do sigilo por parte dos servidores públicos que têm acesso ao orçamento sigiloso; b) estimativa reduzida por parte da Administração Pública, em patamares incompatíveis com o mercado, o que acaba por causar a desclassificação de todas as propostas.³²⁶

Na primeira hipótese, deve a Administração Pública cercar-se de todos os cuidados para que haja um controle de acesso à informação, com a adoção de meios físicos e eletrônicos, tais como termos de confidencialidade, senhas de acesso e autuação das informações relativas ao orçamento em cadernos separados, e a responsabilização dos agentes envolvidos em eventual vazamento.³²⁷ O mesmo ocorrerá nos órgãos de fiscalização, sejam internos sejam externos. O assunto foi objeto da Portaria nº 85, de 3 de abril de 2012, do Tribunal de Contas da União, que define os procedimentos relativos ao trâmite de matérias sigilosas que integrem os processos de licitação na modalidade RDC da Administração Pública Federal. A título ilustrativo, entre outras providências, essa norma determina que, em trabalho de fiscalização executado por unidade técnica junto às entidades, em que sejam colhidos documentos que possam estar acobertados por sigilo, deverá ser solicitado do gestor público competente a indicação, mediante termo circunstanciado, de quais partes desses documentos devem ser protegidos pelo referido sigilo. Ainda, no caso de item que não

³²⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: _____; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Cf. CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**: comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91-92.

³²⁷ Ibid., p. 91-92.

seja passível de digitalização, este deverá ser criptografado e sua senha armazenada em peça sigilosa.³²⁸

A consequência, na segunda hipótese, nos termos do artigo 26, parágrafo único, da Lei do RDC, será negociar com o autor da melhor proposta a sua redução aos patamares orçados pela entidade licitante. Caso os licitantes se recusem a fazê-lo, será necessária a renovação do processo licitatório, até que algum licitante apresente proposta em valor inferior ao do orçamento.

Um risco que não pode ser ignorado, ainda nessa segunda hipótese, é a alteração do orçamento inicialmente elaborado, por parte da entidade licitante, exatamente para evitar a renovação do processo licitatório, para evitar atrasos no cronograma de realização da contratação.

Poderia, por fim, persistindo a situação, a Administração Pública licitante realizar a contratação direta, nos termos do artigo 24, inciso VII, da Lei Federal nº 8.666/1993.³²⁹

Por derradeiro, o sigilo deverá perdurar até a adjudicação do objeto licitado, conforme previsto no artigo 9º do decreto do RDC. A questão pode gerar certa divergência, pois o *caput* do artigo 6º da Lei do RDC determina que o sigilo do orçamento previamente estimado deve perdurar até o encerramento da licitação. Márcio Cammarosano entende que o encerramento, a teor dos artigos 12, VII, e 28, *caput*, da Lei Federal nº 12.462/2011 ocorreria com o exaurimento dos recursos administrativos, devendo, então, a Administração Pública levantar o sigilo sobre o valor orçado, sendo ilegal que só venha a fazê-lo após a adjudicação.³³⁰

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria nº 85, de 3 de abril de 2012**. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Normativos.faces?anoDocumento=2012&numeroDocumento=85&situacao=todasSituacoes>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

³²⁹ Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 24. É dispensável a licitação: [...] VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

³³⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: _____; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle). Marçal Justen Filho, com base em uma interpretação finalística do instituto, afirma que o sigilo sobre o orçamento deve cessar a partir do momento em que não houver mais competição entre os licitantes, o que ocorre antes da adjudicação. À guisa de exemplo, trata da hipótese em que todos os licitantes tiverem suas propostas desclassificadas. Nesse caso, para

Conclui-se, portanto, que o sigilo do orçamento não ofende os princípios da publicidade e da moralidade, eis que o que se verifica é uma publicidade diferida do orçamento elaborado pela Administração Pública, o que é compatível com o ordenamento jurídico. O levantamento do sigilo após o encerramento da licitação ou da competição entre os licitantes, o que parece mais adequado, bem como a disponibilidade aos órgãos de fiscalização encerra uma adequada ponderação com os fins a que se destina a sistemática em questão.

Por outro lado, em relação à eficiência, embora de fato seja difícil avaliar os resultados desse procedimento, sua adoção mostra-se compatível com os estudos realizados no âmbito da teoria dos jogos, bem como com a prática internacional, em que é largamente aceito e recomendado.

3.3.5 Procedimento recursal

O artigo 27 da Lei do RDC estabelece:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.
Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Ressalte-se, novamente, que a inversão de fases referida pelo artigo 27 remete ao modelo tradicional da Lei Geral de Licitações e Contratos, em que a habilitação ocorre antes da fase de julgamento das propostas. Portanto, salvo se adotada essa sistemática, a fase recursal será única e ocorrerá após a fase de habilitação, ao final da disputa.

Se, ao contrário, for adotada essa “inversão de fases”, ou seja, se a entidade que promove o certame entender conveniente realizá-lo de acordo com a sistemática da Lei Geral de Licitações e Contratos, mediante ato motivado e devidamente previsto no instrumento convocatório, conforme estabelece o artigo 12, parágrafo único, da Lei do

possibilitar o recurso às partes interessadas, será necessária a divulgação do valor do orçamento da Administração Pública. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 122-123.

RDC,³³¹ então haverá duas fases recursais e os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas.

Adiante, a Seção IV da Lei do RDC, que compreende os artigos 45 e 46, trata dos pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos. Cuida-se, em grande medida, de uma combinação dos procedimentos adotados na Lei Federal nº 8.666/1993 e na Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002).

Nesse passo, o artigo 45 da Lei do RDC³³² praticamente repete a redação da Lei Geral sobre recursos e impugnações.³³³ O prazo para apresentar impugnação ao

³³¹ “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento. Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.”

³³² “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão: I - pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de: a) até 2 (dois) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou b) até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços; II - recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face: a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados; b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; c) do julgamento das propostas; d) da anulação ou revogação da licitação; e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e III - representações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico. § 1º Os licitantes que desejarem apresentar os recursos de que tratam as alíneas a, b e c do inciso II do caput deste artigo deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão. § 2º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e começará imediatamente após o encerramento do prazo recursal. § 3º É assegurado aos licitantes vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses. § 4º Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento. § 5º Os prazos previstos nesta Lei iniciam e expiram exclusivamente em dia de expediente no âmbito do órgão ou entidade. § 6º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade.”

³³³ “Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113. § 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. § 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente. § 4º A

edital foi alterado de 2 (dois) para 5 (cinco) dias úteis antes da data marcada para abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços; e o prazo para interposição de recurso foi reduzido de 10 (dez) para 5 (cinco) dias úteis contra decisão que declara a inidoneidade do contratado para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Em relação aos pedidos de esclarecimentos ao instrumento convocatório, convém esclarecer que a Lei do RDC apenas deu aplicação à garantia constitucional de acesso à informação,³³⁴ regulamentada pela Lei Federal nº 12.527/2011. Essa, em seu artigo 7º, inciso VI, estabelece:

Art. 7º. O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: [...]

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

O objeto do pedido de esclarecimento é toda e qualquer informação pertinente à licitação, esteja ou não contida no instrumento convocatório, ou a outros

inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes. Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa; II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico; III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato. § 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata. § 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos. § 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade. § 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado. § 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis."

³³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 644.

atos normativos, como, por exemplo, os procedimentos auxiliares à licitação.³³⁵ Será legitimado ativo para a propositura do pedido qualquer pessoa física ou jurídica.³³⁶

A resposta da Administração Pública – que é vinculante e produz efeitos em relação a terceiros – deve-se dar em prazo razoável para a apresentação da proposta por parte do particular e sua ausência recomenda, inclusive, o adiamento da entrega das propostas.³³⁷

A impugnação, a seu turno, é dirigida contra atos administrativos de conteúdo normativo que disciplinam eventos futuros.³³⁸ São aplicáveis a esse expediente as considerações acima delineadas sobre o pedido de esclarecimento ao instrumento convocatório.

Marçal Justen Filho ressalta que tanto o requerimento de informações quanto as impugnações apresentam dimensão não apenas individual. Nesse aspecto:

a insatisfação individual de um sujeito pode representar o meio para prevenir danos mais amplos. A fixação de condições que impeçam a competição ampla e isonômica ou que propiciem a seleção de proposta não vantajosa violam não apenas o interesse privado e egoístico de um licitante, mas os interesses coletivos protegidos pela ordem jurídica.³³⁹

Ainda, o artigo 45, inciso I, da Lei do RDC prevê que o prazo será contado em relação à abertura das propostas. Contudo, a expressão é inadequada, pois i) admite-se o oferecimento de propostas no modo aberto e não apenas fechado, em envelopes, conforme o artigo 17, inciso I, da Lei do RDC; e ii) pode ocorrer a inversão das fases de habilitação e julgamento, com a entrega dos envelopes de habilitação antes das propostas técnicas e de preço.

No que tange aos recursos propriamente ditos, podem ser estabelecidos os seguintes requisitos de admissibilidade: i) existência de uma decisão administrativa; ii) interesse recursal (sucumbência). Essa decisão deve lesar direitos ou afetar interesses da parte; iii) legitimidade ativa: será legítima para interpor o recurso a pessoa física ou jurídica que participa da licitação, do procedimento auxiliar ou do contrato; iv) forma:

³³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 646.

³³⁶ *Idem*.

³³⁷ *Ibid.*, p. 647-649.

³³⁸ *Ibid.*, p. 649.

³³⁹ *Ibid.*, p. 650.

segue a forma da licitação. Em geral, o recurso será escrito; v) fundamentação: são as razões pelas quais a decisão deve ser invalidada ou reformada. A ausência de fundamentação impede o conhecimento do recurso; vi) juntada de documentos destinados a demonstrar a argumentação do recorrente; vii) pedido: a invalidação ou reforma da decisão atacada; viii) prazo: 5 (cinco) dias úteis contados a partir da ciência da decisão; ix) oportunidade própria: no RDC, a fase recursal em geral ocorre ao final da disputa; x) manifestação:³⁴⁰ adotou-se procedimento similar ao do Pregão quanto à necessidade de manifestar a intenção de recorrer imediatamente após o julgamento, sob pena de preclusão, conforme dispõe o § 1º, do artigo 45, da Lei do RDC. Contudo, ao contrário da modalidade de Pregão, não é necessário que o licitante justifique sua intenção de recorrer. A mera declaração de vontade recursal, consignada em ata, é suficiente para que se inicie o procedimento recursal, com a concessão de prazo para apresentação das razões de recurso. Quanto ao momento para essa manifestação, o dispositivo estabelece que os licitantes deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer. Já o artigo 53 do Decreto Federal nº 7.581/2011 determina que os licitantes que desejarem recorrer deverão manifestar-se imediatamente, após o término de cada sessão.

Sobre esse ponto William Romero destaca que a fase recursal única deve desenvolver-se integralmente após a fase de habilitação, quando, então, os licitantes poderão recorrer de todos os atos praticados no decorrer do certame.³⁴¹ Contudo, antes desse momento, deverão os licitantes interessados em recorrer manifestar sua intenção ao término de cada sessão, para resguardar seu direito à apresentação posterior das razões recursais.³⁴²

A sistemática do Pregão também inspirou a regra do RDC segundo a qual o início do prazo para apresentação de contrarrazões pelos demais licitantes ocorre imediatamente após o término do prazo do recurso.

³⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 653-655.

³⁴¹ ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 302.

³⁴² Idem.

Eduardo Stevanato Pereira de Souza, analisando o modelo recursal do RDC à luz do princípio da eficiência, pondera que não há uma resposta segura sobre o alcance efetivo dos objetivos da fase recursal única no pregão, sistema semelhante ao do RDC, como visto, ou seja, sobre a celeridade dessa sistemática em relação ao modelo tradicional da Lei Geral de Licitações e Contratos.³⁴³ A fase recursal única pode, inclusive, ser menos célere, em casos em que há procedência do recurso que versa sobre a fase de classificação e julgamento das propostas, realizada antes da fase de habilitação.³⁴⁴ Nessas situações, os atos posteriores à fase de classificação e julgamento restam prejudicados e o procedimento licitatório regressará à sua fase externa inicial, fato que poderia até mesmo influenciar no julgamento do recurso em questão.³⁴⁵ Em outros casos, porém, quando o recurso versar apenas sobre a fase de habilitação ou referir-se a defeitos supríveis, a fase recursal única se mostra efetivamente melhor, atendendo ao princípio da eficiência.³⁴⁶

Esse mesmo autor, contudo, tece críticas à fase recursal única sob o prisma do contraditório e da ampla defesa, assinalando que o tempo é um fator essencial para verificação da correção das condutas administrativas, eis que o Direito se utiliza dos fatos para aplicação de suas normas jurídicas.³⁴⁷ Destarte, haveria um efetivo prejuízo ao contraditório e à ampla defesa com a postergação da oportunidade de contestar os atos administrativos para o final do processo licitatório, prejudicando a montagem de uma argumentação jurídica.³⁴⁸ Ademais, o resultado da licitação pode influenciar na apreciação e julgamento dos recursos administrativos, para se manter uma proposta vencedora reputada como vantajosa pela Administração Pública.³⁴⁹ Assim, o autor conclui:

³⁴³ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. Comentários aos artigos 27 e 28 da lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do decreto nº 7.581/11 – fase recursal única e encerramento do processo licitatório. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ Idem.

³⁴⁹ Idem.

[...] na busca da eficiência administrativa, criam-se, em alguns raros casos, instrumentos que aumentam a possibilidade de desvio de poder. Como já foi implicitamente mencionado, o princípio da eficiência ou da boa administração não podem mitigar a aplicação e observância da estrita legalidade administrativa. Esta solução legislativa coloca o administrador público sob pressão, principalmente, quando o coloca diante de uma situação em que se apresenta de um lado a necessidade de realizar o interesse público, por meio da realização do objeto do contrato pretendido e, de outro lado, uma irregularidade no procedimento licitatório que exige o seu refazimento integral.³⁵⁰

Assim, a inversão das fases de habilitação e julgamento do modelo tradicional da Lei Federal nº 8.666/1993 e a consequente fase recursal única seriam justificáveis no Pregão em razão de essa ser uma modalidade destinada à contratação de bens ou serviços comuns, isto é, cujas características já se encontram previamente definidas pelo mercado, o que mitigaria a preocupação de impedir que licitantes sem a devida qualificação técnica comprometessem o resultado da licitação.³⁵¹ Por outro lado, no caso do RDC, inexistem razões jurídicas para alteração da ordem de fases estabelecida no regime geral de licitações, o que compromete a legitimidade da inversão e coloca em risco os interesses públicos, pelo desrespeito ao erário e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.³⁵²

No consentâneo às hipóteses de cabimento do recurso, o rol do artigo 45, inciso II, da Lei do RDC é meramente exemplificativo, podendo-se verificar, na prática, outras situações que irão desafiar a interposição do expediente em comento.³⁵³

Embora a lei tenha silenciado sobre os seus efeitos, pode-se afirmar que o recurso terá, além do efeito devolutivo, também o suspensivo, em decorrência da redação do artigo 28 da Lei do RDC, que dispõe que “Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior [...]”,³⁵⁴ o que indica a necessidade de que seja suspensa a tramitação do

³⁵⁰ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. Comentários aos artigos 27 e 28 da lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do decreto nº 7.581/11 – fase recursal única e encerramento do processo licitatório. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

³⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 656.

³⁵⁴ Lei ordinária federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 28.

processo licitatório para o julgamento dos recursos e, posteriormente, seja aquela retomada, com o devido encaminhamento.

Uma disposição da Lei do RDC que merece elogios é a constante do artigo 45, § 3º, segundo a qual será assegurado aos licitantes vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses. Conquanto a citada Lei Federal nº 12.527/2011 regule o acesso à informação, como foi visto, esse dispositivo da Lei do RDC representa um reforço, tendente a evitar as lamentáveis situações em que a Administração Pública vale-se de expedientes para dificultar o acesso do particular aos autos do processo licitatório e, assim, impedir o seu direito de recorrer.

Por fim, o artigo 45, inciso III, trata da representação, que é um consectário do direito constitucional de petição.³⁵⁵ O prazo para sua interposição é de 5 (cinco) dias úteis. A impugnação deve ser manejada contra ações ou omissões de que não caiba recurso e será dirigida à autoridade competente para adotar as providências que o particular busca para atender seus interesses.³⁵⁶

3.4 COMPARAÇÃO ENTRE O RDC E O REGIME GERAL

O presente tópico tem por objetivo apresentar alguns estudos realizados sobre os resultados obtidos na prática pelo RDC em comparação com o Regime Geral da Lei Federal nº 8.666/1993.

Nesse panorama, Ferdinando Araújo de Mesquita Aragão, em dissertação sobre o tema realizada no âmbito da Infraero entre os anos de 2010 e 2014, aponta que, no que tange ao tempo processual, houve significativa redução de tempo com a utilização do RDC em relação às modalidades do Regime Geral da Lei Federal nº 8.666/1993.³⁵⁷ O tempo processual do RDC mostrou-se cerca de 45% (quarenta e cinco

³⁵⁵ “Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

³⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 661.

³⁵⁷ ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O regime diferenciado de contratações na Infraero. São Paulo, 2015. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. p. 61.

por cento) mais rápido que o da modalidade de Concorrência e 35% (trinta e cinco por cento) que a de Tomada de Preços.³⁵⁸ Segundo o autor, essa redução de tempo deveu-se à diminuição no prazo legal para apresentação das propostas, já que os prazos mínimos para apresentação a contar da publicação do instrumento convocatório são menores em relação à Lei Geral de Licitações,³⁵⁹ à unicidade recursal e inversão de fases, além da contratação integrada.³⁶⁰

Já no consentâneo ao valor do desconto obtido entre o preço estimado e o preço final obtido, a pesquisa levou em conta os dados de compras fornecidos pela Infraero, selecionando apenas as obras homologadas, o que representa 107 certames, sendo 78 casos com base na Lei Geral de Licitações e 29 com base no RDC.³⁶¹ O estudo demonstrou que a variação entre os descontos obtidos pelas compras realizadas sob as normas da Lei Federal nº 8.666/1993 e aquelas realizadas pelo RDC são, em geral, estatisticamente pouco relevantes.³⁶²

Segundo o autor, a razão para tanto seria que, tendo em vista o orçamento sigiloso na modalidade de RDC, não ocorre nesses processos licitatórios uma avaliação pelos particulares licitantes de eventuais erros cometidos pela Infraero na elaboração das estimativas de custos, ao passo que, nos moldes da Lei Geral de Licitações, essa possibilidade existe, podendo levar à correção das imperfeições, por meio da interação entre a Administração Pública e os licitantes.³⁶³

³⁵⁸ ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O regime diferenciado de contratações na Infraero. São Paulo, 2015. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. p. 61.

³⁵⁹ “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. 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 da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório: I - para aquisição de bens: a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso; II - para a contratação de serviços e obras: a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso; III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.”

³⁶⁰ ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O regime diferenciado de contratações na Infraero. São Paulo, 2015. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. p. 62.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 64.

³⁶² *Ibid.*, p. 71.

³⁶³ *Ibid.*, p. 71-72.

Ademais, o artigo 8º, § 3º, da Lei do RDC³⁶⁴ impõe como padrão o custo unitário de bens ou serviços constantes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) para empreendimentos da construção civil ou no Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), para obras rodoviárias, os quais não abarcam todas as necessidades e peculiaridades do setor aeroportuário.³⁶⁵ A questão é resumida da seguinte forma:

Pela incompatibilidade de valores praticados e orçados, a competitividade entre as empresas não é ampliada. Segundo informações da própria Empresa [Infraero], empresas de grande porte não são atraídas a participarem do certame. A elas não compensa, com os valores orçados pela Administração, correrem os riscos durante a execução das obras, decorrentes, por exemplo, da excessiva ação fiscalizadora do Tribunal de Contas da União e dos inúmeros acórdãos que procuram reger as boas práticas das obras e serviços de engenharia, que exercem um forte controle e cobranças sobre as empreiteiras. O resultado prático é a pouca fluidez na execução do objeto, constantes paralisações e retomadas do cronograma físico-financeiro.³⁶⁶

Outro ponto que deve ser considerado é a complexidade das obras do setor aeroportuário, em que há vários itens a ser precificados e o prazo previsto em edital para elaboração das propostas pode-se mostrar inadequado para dimensionar as capacidades da empresa diante do objeto da licitação.³⁶⁷ As empresas, então, acabam não oferecendo valores mais competitivos durante o certame, pois levam em conta os riscos de eventuais erros no dimensionamento das quantidades de insumos.³⁶⁸

Quanto aos custos dos procedimentos licitatórios, a pesquisa realizada por Ferdinando Araújo de Mesquita Aragão comparou a quantidade média de processos mês e quantidade média de horas-processos mês, concluindo que a Superintendência de Licitações da Infraero investe 89 (oitenta e nove horas) horas para a modalidade

³⁶⁴ “Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Art. 8º, § 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.”

³⁶⁵ ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O regime diferenciado de contratações na Infraero. São Paulo, 2015. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. p. 72.

³⁶⁶ Ibid., p. 73-74.

³⁶⁷ Ibid., p. 75.

³⁶⁸ Idem.

Concorrência em contraposição a 52 (cinquenta e duas) horas para um processo de RDC.³⁶⁹

Percebe-se, portanto, a redução nos custos administrativos no RDC em relação à Lei Federal nº 8.666/1993, com a diminuição do número de servidores empenhados diretamente na sessão pública do certame, possibilitando o emprego da força de trabalho em outras atividades voltadas para o cumprimento da missão institucional da Infraero.³⁷⁰

Outros dados relevantes sobre a modalidade licitatória em análise podem ser colhidos no âmbito do DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, em que a Controladoria-Geral da União realizou auditoria, tendo por objetivo avaliar os resultados da adoção do RDC, com ênfase no regime de contratação integrada. Os resultados estão no Relatório de Auditoria OS 201505075. Os dados foram levantados no sítio eletrônico do DNIT, no Sistema de Acompanhamento de Contratos – SIAC e no Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET. Posteriormente, foram requisitadas informações adicionais àquela Autarquia, buscando verificar a aderência entre os objetivos defendidos pelo legislador na edição da Lei do RDC e aqueles conseguidos com a prática do DNIT.³⁷¹ As licitações analisadas resultaram em 90 contratos e num valor total de R\$ 12.478.029.049,08.³⁷²

Assim, em relação à taxa de sucesso, a pesquisa destacou, inicialmente, que das 155 licitações analisadas, apenas 90 foram homologadas, sendo elevado o número de licitações revogadas e anuladas: 31 e 6, respectivamente.³⁷³ Apesar de os dados indicarem um percentual de fracasso maior nas licitações no regime de contratação integrada, o relatório observa que “parte desse pior desempenho pode ter sido causada por condições conjunturais da economia que tiveram uma piora no decorrer do período analisado”,³⁷⁴ ou seja, entre 2012 e 2014. A pesquisa conclui:

³⁶⁹ ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O regime diferenciado de contratações na Infraero. São Paulo, 2015. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. p. 81-82.

³⁷⁰ Ibid., p. 80.

³⁷¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 1.

³⁷² Ibid., p. 6.

³⁷³ Ibid., p. 13.

³⁷⁴ Ibid., p. 15.

houve o incremento da promoção de certames para contratação de obras sob o regime da contratação integrada entre os anos de 2012 e 2014. Sendo possível inferir que a taxa média de sucesso dos certames promovidos para contratação sob o regime de execução por preço unitário foi significativamente superior no período analisado (2012-2014), ou seja, a publicação de um edital a preço unitário tem uma maior probabilidade de resultar em um contrato que nas licitações integradas ou a preço global.

47. Vale frisar que esse pior desempenho da contratação integrada já era esperado, pois além da maior transferência de risco, que, por si só, é um fator inibidor, há de se destacar que a orçamentação com anteprojetos é mais imprecisa, podendo gerar preços de referência irreais para as obras. Sendo que, quando há uma subestimativa dos custos de referência, muito provavelmente, haverá uma licitação fracassada ou deserta.³⁷⁵

Quanto ao prazo de duração dos certames, o relatório apontou que o prazo médio das 90 licitações homologadas sob o regime de RDC foi de 137 dias (prazo entre a primeira publicação e a homologação), ou seja, inferior aos 174 dias da Lei Federal nº 8.666/1993.³⁷⁶

Ainda, o prazo médio entre o oferecimento da proposta e a assinatura dos contratos foi de 111 dias, sendo que apenas 12 dos 90 contratos foram assinados dentro da validade máxima legal (60 dias da data da entrega das propostas), prevista no § 3º, do artigo 64, da Lei Federal nº 8.666/1993.³⁷⁷ O relatório alerta que essa situação torna a exigência de garantia de cumprimento de proposta ineficaz, em razão do decurso do prazo legal.³⁷⁸ Portanto, no consentâneo aos prazos, o relatório conclui:

os resultados obtidos na contratação integrada relativos a prazos e sucesso dos certames são inferiores aos outros dois regimes no RDC [preço global e preço unitário], mesmo que de forma parcialmente justificável pelas diferentes complexidades e portes das obras na amostra.

[...] Ademais, é inegável, também, que a fase de aprovação dos projetos básicos/executivos no novo regime tem sido um ponto de dificuldade para a Autarquia.³⁷⁹

³⁷⁵ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 17.

³⁷⁶ Ibid., p. 18.

³⁷⁷ Ibid., p. 19.

³⁷⁸ Idem.

³⁷⁹ Ibid., p. 24.

Já quanto ao número de aditivos, a pesquisa inicia por uma análise dos dados do SIAC, que, em sua maioria, referem-se a licitações na modalidade de Concorrência.³⁸⁰ Apenas nos contratos de obras, 269 tiveram alterações de valor em um universo de 596 ajustes, ou seja, 45%.³⁸¹ Desses mesmos 596 ajustes, 252 foram prorrogados, ou seja, 42,3%, sendo que a prorrogação média foi de 98,9% do prazo inicialmente acordado.³⁸²

Ao estabelecer uma correlação entre os aditivos de prazo e de valor, conclui-se que 86,8% dos maiores contratos de obras concluídas no âmbito do DNIT sofreram pelo menos um aditivo de prazo ou valor.³⁸³ Trata-se de uma realidade que o regime de contratação integrada do RDC, como visto, pretende alterar, eis que limitou a possibilidade de termos aditivos.

Com efeito, analisando apenas o universo das licitações na modalidade de RDC, conquanto haja a ressalva de que apenas 8 contratos haviam sido encerrados até a data em que os dados foram apurados pelo relatório da CGU, constatou-se uma redução do número de termos aditivos nos contratos no regime de contratação integrada (40% dos contratos tiveram aditivos) e por preço global (66,67% das obras tiveram aditivos).³⁸⁴

Especificamente em relação aos aditivos de valor nos contratos de RDC, das 73 obras que tiveram alguma medição, 31 tiveram aditivos com reflexos financeiros, ou seja, 42,5%.³⁸⁵ Desse universo de 31 aditivos, apenas 9,38% das obras contratadas pelo regime de contratação integrada foram aditivadas; 50% daquelas de regime por preço global e 77,78% das contratações por preço unitário.³⁸⁶

A verificação dos aditivos de valor, no âmbito do RDC, revelou que o regime de contratação integrada sofreu reflexos financeiros da ordem de 3,70%; o regime por preço global, 9,99%; e o regime por preço unitário, 8,37%, números

³⁸⁰ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 25.

³⁸¹ Idem.

³⁸² Ibid., p. 25.

³⁸³ Ibid., p. 27.

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ Ibid., p. 29.

³⁸⁶ Idem.

menores que a média da modalidade Concorrência (15,3%).³⁸⁷ O relatório aborda caso interessante, em que fica evidente a importância de a Administração Pública elaborar o anteprojeto de forma criteriosa:

Veja que a citada obra da instalação de fronteira na BR-156/AP, Contrato nº 216/2013, sob o regime de contratação integrada, teve aditivos da ordem de 5,6% por atraso no cronograma, o que implicou na remuneração da administração local da obra por 120 dias a mais, num montante de R\$ 418.318,25, e pela inclusão, no projeto, de serviços novos relacionados à necessidade de execução de uma subestação de energia e uma caixa d'água no montante de R\$ 339.692,80. Vale destacar que tanto a subestação de energia quanto a caixa d'água teriam sido serviços extras solicitados pela Administração, mas, evidentemente, uma obra edificação executada em lugar ermo careceria de uma caixa d'água. Também, uma simples consulta à concessionária de energia indicaria a necessidade da subestação no local. De fato, esses serviços deveriam constar inicialmente do projeto. Obviamente, a contratada não pode ser penalizada pela omissão da Administração no anteprojeto e não entraremos no mérito aqui se o aditivo era possível ou não, mas o fato demonstra que a contratação integrada não afasta totalmente a necessidade de repactuações contratuais, nem exime a Administração por erros no anteprojeto.

[...] Neste diapasão há que se destacar que, se o anteprojeto for omissivo ou estabelecer critérios inadequados, a contratada não tem responsabilidade de, a suas expensas, corrigir os erros da Administração.³⁸⁸

O quadro dos aditivos contratuais nos diversos regimes contratuais, com base no relatório da CGU, é o seguinte:

Quadro 1 – Alterações contratuais por regime

	RDC Integrada	RDC Preço Global	RDC Preço Unitário	Lei nº 8.666/1993
Não tiveram aditivo	69,7%	23,1%	22,2%	13,2%
Aditivo de valor	6,1%	15,4%	66,7%	12,5%
Aditivo de prazo	21,2%	23,1%	0%	11,8%
Aditivo de valor + prazo	3%	38,5%	11,1%	62,5%

Fonte: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, 2017.

Conclui o relatório:

³⁸⁷ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 30.

³⁸⁸ Ibid., p. 32.

a adoção da contratação integrada tem reduzido o número de aditivos nas obras da Autarquia, principalmente aqueles relacionados à alteração de valor contratual, contudo, esse regime não elimina os aditivos, conforme ventilado por alguns. De fato, os aditivos ainda continuam ocorrendo em 40% obras concluídas, ou 31% das obras em andamento.³⁸⁹

Quanto à média de proponentes por regime de execução, o relatório apontou que 4,29 licitantes acorrem, em média, aos processos licitatórios de RDC sob o regime de contratação integrada, ao passo que, para o regime por preço global esse número é de 4,47 e, por fim, no regime de preço unitário é de 6,33.³⁹⁰ A maior complexidade das obras realizadas sob o regime de contratação integrada explica o menor afluxo de interessados a esses certames.³⁹¹

Em seguida, o relatório da CGU analisa os descontos obtidos.

A soma dos descontos nas 90 licitações homologadas alcança o importe de R\$ 1.261.521.429,65, ou seja, um desconto médio de 9,18% sobre o montante contratado.³⁹² Ocorre que, analisando-se os descontos por regime de execução, verifica-se que 24 entre 48 editais sob o regime de contratação integrada tiveram descontos menores que 1%.³⁹³ No regime de preço global, em um universo de 15 editais analisados, apenas 3 tiveram desconto inferior a 1%, sendo que a maioria, 7 editais, obtiveram descontos superiores a 10%.³⁹⁴ No regime de preço unitário, em uma amostra de 27 editais, apenas 1 teve desconto inferior a 1% e 14 tiveram descontos superiores a 10%.³⁹⁵ Em relação a esses números, a CGU conclui que “os dados evidenciam uma menor concorrência e um menor desconto médio nas obras no regime de contratação integrada, quando comparada com os outros dois regimes de execução”.³⁹⁶ Ressalva, porém, que os fatores temporal e a complexidade das obras desfavorecem os resultados da contratação integrada.³⁹⁷

³⁸⁹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 35.

³⁹⁰ Ibid., p. 38.

³⁹¹ Ibid., p. 40.

³⁹² Idem.

³⁹³ Ibid., p. 43.

³⁹⁴ Idem.

³⁹⁵ Ibid., p. 44.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ Idem.

A questão das estimativas de custos a partir de anteprojetos na contratação integrada também foi objeto do relatório da CGU. Nesse passo, alertou-se que a falta de conhecimento sobre as características topográficas, geotécnicas, hidrológicas, ambientais, populacionais, econômicas, dentre outras, bem como a pouca maturidade do projeto, pode prejudicar a vantajosidade das soluções concebidas.³⁹⁸ Ademais, o reduzido prazo para elaboração das propostas dificulta que os concorrentes possam elaborar estudos de soluções ainda na fase de licitação e incorporar eventuais ganhos de custos às propostas ofertadas na licitação.³⁹⁹ Por fim, alerta que “a utilização de anteprojetos torna o problema da assimetria de informações entre os concorrentes, e entre esses e a Administração, ainda mais relevantes”.⁴⁰⁰

Ainda sobre a elaboração do anteprojeto, alerta-se para o risco de o projeto elaborado pelo particular após a celebração do contrato apresentar soluções técnicas, operacionais ou de manutenção incompatíveis com os estudos preliminares e o anteprojeto da Administração Pública, em razão de um “esforço natural da contratada em maximizar seu lucro, o que a leva propor soluções mais arrojadas (menos conservadoras)”.⁴⁰¹ Trata-se, no caso, de encontrar o equilíbrio entre o interesse público e a preservação da solução elaborada pelo particular, como, aliás, bem ressalta o relatório:

recomenda-se bastante atenção e cuidado na elaboração de editais de contratação integrada com os critérios de desempenho, e serviços “a mais” que entenda relevantes/essenciais e como “travar” estes critérios, para que as contratadas não descaracterizem o objeto a seu exclusivo interesse. Frisa-se, contudo, que também não se deve impor um excesso de requisitos, de forma a impedir qualquer mudança, sob pena de perder o espírito do instituto da contratação integrada. E, portanto, a dificuldade reside em encontrar o bom termo entre essas duas possibilidades.⁴⁰²

³⁹⁸ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 64.

³⁹⁹ Ibid., p. 66.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 67. O relatório cita como exemplo a obra da BR-440/MG, em que, dado o prazo de apenas 30 dias a partir da publicação do edital para a apresentação das propostas, restou vencedora empresa que já executava obras de duplicação no trecho.

⁴⁰¹ Ibid., p. 68.

⁴⁰² Ibid., p. 70.

A pesquisa da Controladoria-Geral da União abordou também as inovações do RDC, iniciando pelo sigilo do orçamento. Entende-se que o orçamento sigiloso sacrifica o controle da Administração Pública sobre o orçamento, eis que eventuais incorreções em quantitativos, preços e/ou serviços necessários poderiam ser detectadas pelos licitantes e questionadas em impugnações e pedidos de esclarecimentos, sendo, então, corrigidas pela Administração Pública ainda durante a licitação.⁴⁰³ O relatório evidencia também que, pela lei da oferta e da procura, eventual erro do orçamento público para maior incentiva a que um maior número de empresas participantes participem do certame e, em contrapartida, aumenta a possibilidade de obtenção de um desconto que compense essa falha inicial do preço de referência.⁴⁰⁴

De fato, de uma amostra de 155 editais pesquisados, apenas 6 valores de orçamentos de referência foram publicados, ou seja, em 96,1% dos editais de RDC publicados pela SEDE do DNIT adotou-se o sigilo do orçamento.⁴⁰⁵ Constatou-se que, entre as licitações com orçamentos previamente divulgados, o número de licitações homologadas foi de 67%, fracassadas 17% e desertas 16%; contra 58% de homologações nos casos em que se adotou o sigilo do orçamento.⁴⁰⁶ Ademais, o número médio de licitantes e os descontos médios foram maiores nas obras com os orçamentos divulgados (6 licitantes e 14,34% de desconto contra 4,88 licitantes e 7,30% de desconto).⁴⁰⁷ Assim, conclui-se que esses números podem indicar ineficiência na manutenção do sigilo do orçamento por parte do DNIT e facilidade de os licitantes descobrirem o valor do orçamento da Administração Pública a partir do cálculo do valor das parcelas previstas e da relação entre os valores das diversas parcelas e o preço global do empreendimento e, portanto, não haveria evidências de que o instituto do sigilo do orçamento dificulte a prática do conluio e incentive a concorrência.⁴⁰⁸

Em suas conclusões, o relatório da CGU aponta que o RDC trouxe impactos positivos aos processos licitatórios, destacando-se a redução de prazo de licitação nos

⁴⁰³ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 87.

⁴⁰⁴ Idem.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 88.

⁴⁰⁶ Idem.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 89.

⁴⁰⁸ Idem.

três regimes de execução, em comparação com a Lei Federal nº 8.666/1993.⁴⁰⁹ Por outro lado, há uma alta taxa de insucesso nas licitações, especialmente na contratação integrada.⁴¹⁰

Verificou-se também que a adoção da contratação integrada tem reduzido o número de aditivos nas obras, principalmente os relativos ao valor contratual, apesar de não os eliminar por completo.⁴¹¹

Em relação à economicidade, os dados demonstraram um menor número de participantes e de desconto médio nas obras no regime de contratação integrada, quando comparada com os outros dois regimes, o que pode ser explicado por dois outros fatores: o temporal e a complexidade das obras.⁴¹²

Ademais, alguns editais de contratação integrada possuíam uma contingência adicional, “taxa de risco”, que visa a remunerar os riscos adicionais transferidos ao particular, principalmente aqueles decorrentes da elaboração do projeto e da restrição de aditivos contratuais.⁴¹³ Nesse panorama, um comparativo levando em conta os descontos, os aditivos e as taxas de risco concluiu que, na contratação integrada, as taxas médias de riscos somados aos menores descontos têm se mostrado superiores às reduções dos aditivos, o que implica em um custo final para a Administração Pública que é, em média, 7,5% maior que no regime de Preço Unitário e 6,9 % maior que no de Preço Global.⁴¹⁴ Contudo, essa diferença pode ser compensada por ganhos com a redução de cronogramas e menores custos com análises de aditivos e controles nas medições.⁴¹⁵

Em relação ao sigilo do orçamento, não há evidências de que ele incentive a concorrência, pois os editais com orçamentos previamente divulgados apresentaram maior número de participantes e de descontos que aqueles que optaram pelo sigilo. Ainda, o sigilo não foi eficaz para deixar de induzir as propostas, já que os preços

⁴⁰⁹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 101.

⁴¹⁰ Ibid., p. 102.

⁴¹¹ Ibid., p. 103.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ Ibid., p. 104.

contratados orbitaram em torno do orçamento de referência da Administração Pública.⁴¹⁶

Tendo em vista os dados obtidos, o relatório entende que a contratação integrada deve ser utilizada por instituições com nível de desenvolvimento institucional e capacidade técnica suficientes para mitigar os riscos, em especial a estimativa adequada dos custos no anteprojeto.⁴¹⁷

⁴¹⁶ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 104.

⁴¹⁷ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 105.

4 CONCLUSÃO

A inclusão do Regime Diferenciado de Contratações Públicas no ordenamento jurídico brasileiro e sua gradativa ampliação para outros campos de incidência além dos originalmente previstos, ultrapassando as limitações temporais e espaciais que lhe foram opostas de início, por si só justifica o estudo do tema. Agregue-se, ainda, que, com o fracasso na aprovação das reformas previdenciária, eleitoral e tributária, o Governo Federal novamente cogita a revisão do marco regulatório das licitações públicas, tornando praticamente obrigatória a discussão sobre a última modalidade licitatória criada no Brasil, o que parece indicar uma tendência para as futuras reformas.

Esta pesquisa buscou analisar as principais novidades do instituto do Regime Diferenciado de Contratações à luz dos princípios da moralidade e da eficiência a partir do referencial teórico e de alguns dados obtidos sobre as contratações realizadas até o momento. Tratou-se dos institutos da contratação integrada, remuneração variável, contrato de eficiência, critério de julgamento do maior retorno econômico, sigilo do valor estimado e o procedimento recursal. O recorte era necessário, tendo em vista a intenção de tratar do tema especificamente sob o ângulo da moralidade e da eficiência, o que impediu esgotar todos os aspectos da modalidade licitatória no presente estudo, considerando suas limitações. Sem embargo, outros temas que apenas repetem, em grande medida, a sistemática que já vinha sendo adotada nas leis federais n^{os} 8.666/1993 e 10.520/2002 prescindiriam também do requisito de novidade. A exceção foi o procedimento recursal que, apesar de reproduzir diversos aspectos dessas legislações, foi tratado no presente estudo, tendo em vista a sua importância sob o prisma da moralidade.

Dessa forma, iniciou-se por uma análise comparativa de visões teóricas a respeito da moralidade administrativa e concluiu-se que o princípio da moralidade representa um reforço para a análise da legalidade da atividade administrativa, pois amplia-se a possibilidade de controle dos atos administrativos por meio de parâmetros morais, desde que objetivados em normas jurídicas. Nesse passo, se, por um lado, a ausência de positivação expressa de preceitos morais não pode ser considerada um limite à aplicação do princípio da moralidade; por outro, essa moral administrativa deve

ser objetiva, não se confundindo com convicções individuais dos agentes públicos envolvidos, mas advinda do sistema jurídico como um todo. Por sistema jurídico, deve-se compreender a Constituição, as leis vigentes e as próprias normas da Administração Pública. Esse “bloco de juridicidade” reclama um exercício da função administrativa pautada i) na probidade, ou seja, guiada para a concretização do interesse público primário, conforme os resultados do ato administrativo praticado; ii) na razoabilidade, isto é, na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do uso da discricionariedade pelo agente público; e iii) na cooperação interna entre os órgãos da entidade da Administração Pública, entre as diferentes entidades e, ainda, entre essas e os cidadãos.

Vê-se, portanto, que a análise da moralidade está voltada para a verificação da finalidade do ato administrativo, em conjunto com outros dois requisitos: o motivo e o objeto, restando caracterizado o vício de finalidade quando o ato administrativo se fundar em motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional, bem como quando visar a objeto impossível, desconforme ou ineficiente.

Com relação à eficiência administrativa, igualmente foram feitas análises do ponto de vista teórico sobre o conteúdo do instituto, concluindo-se que eficiência administrativa está ligada à satisfação do fim a que se destina a atividade administrativa em questão, observando-se quando se alcança o mais alto grau de resultados com o mínimo de sacrifícios. Esses sacrifícios não necessariamente serão apenas de ordem material, o que torna a eficiência administrativa mais ampla que a mera economicidade. Em verdade, compreenderia a necessidade de o ato administrativo cumprir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Há uma valorização dos elementos finalísticos previstos na lei, ou seja, as regras legais só serão validamente aplicadas se o forem de modo eficiente.

Pode-se dizer que a eficiência administrativa nasce da conjugação entre o conceito de eficiência para a Ciência Econômica, no sentido de melhor aproveitamento possível dos recursos com vista a uma finalidade específica, e o conceito de boa administração ou bom andamento, que preconiza o melhor atendimento possível das finalidades públicas. Exatamente nessa noção de bom andamento, proveniente do Direito italiano, que a moralidade e a eficiência se entrelaçam. Em que pese o

ordenamento jurídico brasileiro não consagre expressamente o dever de boa administração, sua aplicação prática e sua fundamentação decorrem diretamente dos princípios informativos da Administração Pública, dentre os quais figuram a moralidade e a eficiência.

O dever de bom andamento representa um imperativo moral para a Administração Pública de buscar o fim específico explícita ou implicitamente previsto na Constituição, nas normas infralegais e administrativas – bloco de juridicidade – como o interesse público em uma determinada ação administrativa, agindo de modo eficiente.

Passou-se, em seguida, à análise dos principais aspectos do RDC, iniciando pela contratação integrada, prevista no artigo 9º da Lei do RDC e artigo 73 do Decreto do RDC e inspirada no regulamento de procedimento licitatório simplificado da Petrobrás, instituído por meio do Decreto nº 2.745/1998.

Trata-se de um novo regime de execução de obras e serviços de engenharia, que guarda semelhanças com o contrato de *EPC – Engineering, Procurement and Construction Contract*, no qual o contratado fica incumbido também das etapas prévias de elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo. Sua aplicação deve-se dar naqueles casos em que: i) o objeto licitado envolva a execução de obras e serviços de engenharia e outras atividades necessárias para assegurar a operação de um empreendimento ou a prestação de serviços públicos ou privados; ii) a solução técnica para o objeto seja indeterminada ou de difícil determinação; e iii) a atribuição de riscos ao particular mostre-se vantajosa economicamente para a Administração Pública.

O instituto atende a critérios de eficiência, pois o particular concebe a solução para o objeto licitado. Em que pese a menor ingerência da Administração Pública no desenvolvimento do objeto licitado, a atribuição dos riscos pela concepção recairá sobre o particular, o que obviamente é por esse precificado. Os riscos ordinários do empreendimento, ou seja, aqueles previsíveis ou passíveis de cálculo, são atribuídos ao particular contratante, ao passo que os demais cabem à Administração Pública. Trata-se da solução que assegura a distribuição mais eficiente dos riscos e o menor preço para a entidade licitante. Nesse sentido, inclusive, o Tribunal de Contas da União vem entendendo que é imprescindível que os instrumentos convocatórios estabeleçam matriz

de riscos detalhada, com a alocação dos riscos inerentes ao empreendimento para cada um dos contratantes.

Essa concentração de atos (elaboração do projeto, execução da obra e aparelhamento) estimula, em tese, que o particular persiga concepções mais econômicas e eficientes. Por outro lado, devido à variedade de soluções propostas pelos diversos licitantes e à necessidade de que o julgamento se dê objetivamente, impõe-se a aferição da viabilidade econômica a partir de um exame específico das técnicas e dos custos de cada uma delas. Para tanto, é fundamental que o instrumento convocatório estabeleça critérios técnicos objetivos que permitam uma comparação justa e isonômica das propostas apresentadas pelos licitantes, em obediência aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade.

A restrição às alterações do contrato por meio de termo aditivo, prevista no instituto da contratação integrada é uma contrapartida à autonomia conferida ao particular para a concepção do objeto. Essa restrição objetiva, por um lado, garantir que a solução do objeto proposta pelo particular não sofrerá interferências indevidas por parte da Administração Pública. Por outro lado, deixa bastante claro que eventuais distorções verificadas constituem responsabilidade técnica e econômica do contratado. Os dados do DNIT, colhidos em relatório do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, mostram que, analisando apenas o universo das licitações na modalidade de RDC, constatou-se uma redução do número de termos aditivos nos contratos no regime de contratação integrada (40% dos contratos tiveram aditivos). Especificamente em relação aos aditivos de valor nos contratos de RDC, 42,5% tiveram aditivos com reflexos financeiros. Desse universo, apenas 9,38% das obras contratadas pelo regime de contratação integrada foram aditivadas; contra 50% daquelas de regime por preço global e 77,78% das contratações por preço unitário. A verificação dos aditivos de valor revelou que o regime de contratação integrada sofreu reflexos financeiros da ordem de 3,70%; o regime por preço global, 9,99%; e o regime por preço unitário, 8,37%, números menores que a média da modalidade Concorrência (15,3%). Assim, a adoção da contratação integrada tem reduzido o número de aditivos, principalmente aqueles relacionados à alteração de valor contratual, contudo, esse regime não elimina os aditivos. De fato, os aditivos ainda continuam ocorrendo em 40% obras concluídas.

Na sequência, foi vista a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado na execução do contrato, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, consoante previsto no artigo 10 da Lei Federal nº 12.462/2011 e no art. 70 do Decreto Federal nº 7.581/2011.

Por meio da remuneração variável, a remuneração do particular fica subordinada à obtenção de um resultado futuro predeterminado e eventual, adotando-se, portanto, uma sistemática de contratos de risco em relação a uma parte da remuneração do particular. Trata-se de um mecanismo de sanção premial, que rompe com uma tradição brasileira de prestigiar técnicas repressivas de ajustamento da conduta do particular ao alcance de metas de qualidade. Sob o ponto de vista econômico, a penalização pecuniária cria novos custos, o que permite ao particular valer-se de expedientes protelatórios, tendo em vista que a penalidade só será aplicada após um processo administrativo que respeite todos os princípios e garantias constitucionais.

Com a remuneração variável, diminuem-se os custos para a Administração Pública, com a criação de estímulos econômicos para condicionar a remuneração do contratado à respectiva eficiência. Há uma ponderação dos custos de transação envolvidos para ambas as partes, com a alocação ao particular dos riscos relacionados à efetiva obtenção de determinado proveito.

A remuneração variável mostra-se como uma solução adequada para aquelas hipóteses em que há níveis variados de satisfação do interesse administrativo, mas o atingimento do nível mais elevado de qualidade é economicamente muito oneroso, tecnicamente problemático ou fisicamente impossível. Assim, o particular contratado fará jus a um bônus remuneratório em caso de atingimento daqueles níveis elevados de qualidade previamente definidos. Esse bônus deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.

Apesar de a ADI 4.645 ter apontado suposta ofensa do instituto à moralidade administrativa, por deixar ao gestor público a opção sobre os valores que serão pagos ao contratado, o que fomentaria relações promíscuas entre o público e o privado, entende-se que a fixação de limite orçamentário associada à necessidade de motivação para a adoção da remuneração variável, bem como o estabelecimento de critérios prévios e objetivos para os eventos contratuais que implicarão em bônus

remuneratórios para o particular, são restrições que impedem o uso do instituto como meio para alcançar modificações substanciais e ilegítimas no valor do contrato.

Assim, o instituto da remuneração variada, desde que respeitados os requisitos de motivação, respeito à previsão orçamentária, estabelecimento de normas claras e objetivas no edital e no contrato e, ainda, de aplicação única e exclusivamente para aquelas prestações que comportem níveis diferentes de atendimento do interesse público, desde o mais básico (mas com respeito a um nível de qualidade mínimo previamente estabelecido) até os superiores, é uma interessante ferramenta para obtenção de contratações mais eficientes e que, ao mesmo tempo, respeitem os princípios constitucionais de legalidade, moralidade e impessoalidade.

No que tange ao contrato de eficiência, tratado no artigo 23 da Lei do RDC e no artigo 36 do respectivo decreto, firmado com os licitantes vencedores em casos em que tenha sido adotado o critério de julgamento do maior retorno econômico para a Administração Pública, foi visto que se trata de um contrato de risco em que a remuneração do particular contratado também irá variar conforme um percentual em relação à economia com despesas correntes – principalmente as de custeio, previstas no § 1º, do artigo 12 da Lei Federal nº 4.320/1964 – gerada para a Administração Pública, de forma semelhante ao instituto da remuneração variável. Porém, neste caso, o não atingimento da economia implica numa redução da remuneração e eventualmente em sanção por inadimplemento contratual.

O contrato de eficiência também compreende uma obrigação de resultado, em que a concepção do objeto ficará a cargo do particular. É aplicável aos serviços, ainda que inclua a realização de obras e o fornecimento de bens, naqueles casos em que: i) as despesas de custeio da Administração Pública forem superiores ao possível; ii) não haja impedimento de ordem jurídica, material ou política para a reforma nas instalações da Administração Pública; iii) o montante dos investimentos a cargo do particular seja compensado pela economia potencialmente prometida; e iv) a Administração Pública tenha instaurado um procedimento interno para reunir as informações pertinentes e avaliar a existência de empresas no mercado que ofereçam o serviço em questão.

Ainda, o instrumento convocatório deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado. A remuneração deverá amortizar o capital

investido pelo particular e compensar todas as despesas incorridas, além de assegurar uma margem de lucro compatível com os riscos assumidos.

Sobre o critério do retorno econômico, esse será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço. Assim, a identificação da proposta mais vantajosa para um contrato de eficiência deriva do maior retorno econômico líquido para a Administração Pública, que resulta da combinação de dois fatores: i) montante de redução das despesas correntes e ii) percentual de remuneração sobre a redução. Todavia, o exame pela Administração Pública não se restringe ao maior retorno econômico, pois o artigo 23, § 2º, da Lei do RDC e o artigo 37 do Decreto do RDC determinam que os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço. Portanto, é preciso verificar também se a proposta de trabalho é condizente com a legislação vigente, não se admitindo a utilização de meios fraudulentos ou ilegais para gerar a economia prometida.

Entende-se, ainda, que esse critério demanda a adoção da sistemática da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, em que a fase de habilitação antecede a fase de julgamento das propostas, dada a relevância dos requisitos de habilitação para comprovar que os licitantes possuem efetivamente capacidade para executar o futuro objeto do contrato. Da mesma forma, em relação ao modo de disputa, seria mais adequado adotar-se o modo de propostas fechadas, tendo em vista que a produção de lances sucessivos envolveria a elevação da estimativa de economia ou a redução da porcentagem de remuneração, tornado difícil a avaliação imediata da vantajosidade das propostas.

A Lei do RDC, em seu artigo 6º, prevê também a hipótese de que o orçamento previamente estimado para a contratação seja tornado público apenas após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Adotou-se essa sistemática sob o argumento de que a divulgação do orçamento previamente ao recebimento das propostas desincentivaria a competição entre os licitantes.

O orçamento sigiloso é inspirado em experiências internacionais, como uma forma para combater a corrupção e a ineficiência. Em conjunto com a regra de desclassificação de propostas cujo preço se encontre acima daquele valor orçado, a

prática se destina a evitar o conluio entre os licitantes, com a elevação de preços a níveis próximos daqueles estimados pela Administração Pública, ou seja, é um estímulo para que os licitantes elaborem suas propostas com a maior margem de desconto possível, sob pena de vê-las desclassificadas.

Frise-se que o sigilo não dispensa a Administração Pública de elaborar o orçamento, ainda que não se lhe dê publicidade em um primeiro momento, salvo naqueles casos em que isso seja incompatível com o objeto licitado, pois a estimativa, além de ter por objetivo a definição da necessidade administrativa e do objeto licitado, tem previsão específica sobre sua obrigatoriedade na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e na legislação orçamentária.

Conclui-se que o sigilo do orçamento não ofende os princípios da legalidade, publicidade e moralidade, pois algumas atividades estatais podem prescindir de uma ampla e prévia publicidade, sob pena inclusive de prejudicar a persecução do interesse público. No caso, a publicidade dá-se de forma diferida, após a prática do ato. Ademais, o sigilo é delimitado quanto ao tempo (até o encerramento da licitação), quanto aos sujeitos (não abrange os órgãos de controle) e quanto ao objeto (orçamento estimado). O levantamento do sigilo após o encerramento da licitação ou da competição entre os licitantes, o que parece mais adequado, bem como a disponibilidade aos órgãos de fiscalização encerra uma adequada ponderação dos valores constitucionais envolvidos, preservando-se seus núcleos essenciais, com os fins a que se destina a sistemática em questão.

Na prática, os riscos derivados da sistemática podem ser sintetizados nas hipóteses de: a) quebra do sigilo por parte dos servidores públicos que têm acesso ao orçamento sigiloso; b) estimativa reduzida por parte da Administração Pública, em patamares incompatíveis com o mercado. Na primeira hipótese, deve a Administração Pública, incluindo os órgãos de controle que tenham acesso ao orçamento, cercar-se de todos os cuidados para que haja um controle de acesso à informação. Na segunda hipótese, nos termos do artigo 26, parágrafo único, da Lei do RDC, a Administração Pública deve negociar com o autor da melhor proposta a sua redução aos patamares orçados pela entidade licitante. Caso os licitantes se recusem a fazê-lo, será necessária a renovação do processo licitatório.

Por outro lado, em relação à eficiência, os dados levantados pelo Relatório do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União no âmbito do DNIT constataram que, entre as licitações com orçamentos previamente divulgados, o número de licitações homologadas foi de 67% contra 58% de homologações nos casos em que se adotou o sigilo do orçamento. Ademais, o número médio de licitantes e os descontos médios foram maiores nas obras com os orçamentos divulgados (6 licitantes e 14,34% de desconto contra 4,88 licitantes e 7,30% de desconto). Esses números podem indicar ineficiência na manutenção do sigilo do orçamento por parte da Administração Pública e facilidade de os licitantes descobrirem o valor do orçamento a partir do cálculo do valor das parcelas previstas e da relação entre os valores das diversas parcelas e o preço global do empreendimento e, portanto, não haveria evidências de que o instituto do sigilo do orçamento dificulte a prática do conluio e incentive a concorrência.

Por fim, o artigo 27 da Lei do RDC estabelece que o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor, salvo se for adotada a “inversão de fases”, ou seja, se a entidade que promove o certame entender conveniente realizá-lo de acordo com a sistemática da Lei Geral de Licitações e Contratos. Nesse último caso, então, haverá duas fases recursais e os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e também após a fase de julgamento das propostas.

Adiante, a Seção IV da Lei do RDC, que compreende os artigos 45 e 46, trata dos pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos.

Poderá ser objeto do pedido de esclarecimento qualquer informação pertinente à licitação, esteja ou não contida no instrumento convocatório, ou em outros atos normativos. Será legitimado ativo para a propositura do pedido qualquer pessoa física ou jurídica. A resposta, que é vinculante e produz efeitos em relação a terceiros, deve-se dar em prazo razoável para a apresentação da proposta por parte do particular. Em caso de ausência de resposta, recomenda-se o adiamento da entrega das propostas.

A impugnação, a seu turno, é dirigida contra atos administrativos de conteúdo normativo que disciplinam eventos futuros, sendo-lhe aplicáveis as considerações feitas sobre o pedido de esclarecimento.

No que tange aos recursos propriamente ditos, podem ser estabelecidos os seguintes requisitos de admissibilidade: i) existência de uma decisão administrativa; ii) interesse recursal (sucumbência); iii) legitimidade ativa: será legítima a pessoa física ou jurídica que participa da licitação, do procedimento auxiliar ou do contrato; iv) forma: em geral, o recurso será escrito; v) fundamentação: a ausência de fundamentação impede o conhecimento do recurso; vi) juntada de documentos destinados a demonstrar a argumentação do recorrente; vii) pedido: a invalidação ou reforma da decisão atacada; viii) prazo: 5 (cinco) dias úteis contados a partir da ciência da decisão; ix) oportunidade própria: no RDC, a fase recursal em geral ocorre ao final da disputa; x) manifestação: é necessário que a parte manifeste a intenção de recorrer imediatamente após o julgamento, sob pena de preclusão, conforme dispõe o § 1º, do artigo 45, da Lei do RDC.

O início do prazo para apresentação de contrarrazões pelos demais licitantes ocorre imediatamente após o término do prazo do recurso.

No consentâneo às hipóteses de cabimento do recurso, o rol do artigo 45, inciso II, da Lei do RDC é meramente exemplificativo.

O recurso terá, além do efeito devolutivo, também o suspensivo, em decorrência da redação do artigo 28 da Lei do RDC, o que indica a necessidade de que seja suspensa a tramitação do processo licitatório para o julgamento dos recursos e, posteriormente, seja aquela retomada, com o devido encaminhamento.

Por fim, o artigo 45, inciso III, trata da representação, que é um consectário do direito constitucional de petição. O prazo para sua interposição é de 5 (cinco) dias úteis. A impugnação deve ser manejada contra ações ou omissões de que não caiba recurso e será dirigida à autoridade competente para adotar as providências que o particular busca para atender seus interesses.

À luz do princípio da eficiência, pondera-se que fase recursal única pode representar um prejuízo à celeridade nos casos em que há procedência do recurso que versa sobre a fase de classificação e julgamento das propostas, realizada antes da fase de habilitação, obrigando ao refazimento de todos os atos posteriores.

Em resumo, quanto ao aspecto temporal, os dados apresentados ao longo deste trabalho demonstram que a tramitação do RDC se mostrou cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) mais rápida que a da modalidade de Concorrência e 35%

(trinta e cinco por cento) que a de Tomada de Preços, o que se deve à diminuição do prazo legal para apresentação das propostas, à unicidade recursal e à inversão de fases, além da contratação integrada.

Verificou-se também que a variação entre os descontos obtidos pelas compras realizadas sob as normas da Lei Federal nº 8.666/1993 e aquelas realizadas pelo RDC são, em geral, estatisticamente pouco relevantes. A razão para tanto seria que o orçamento sigiloso na modalidade de RDC impede uma avaliação pelos particulares licitantes de eventuais erros cometidos na elaboração das estimativas de custos. Outro ponto que deve ser considerado é o prazo exíguo para apresentação das propostas em vista da complexidade das obras.

Ademais, ao impor como padrão o custo unitário de bens ou serviços constantes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) para empreendimentos da construção civil ou no Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), para obras rodoviárias, podem não ser abarcadas todas as necessidades e peculiaridades do objeto.

Quanto aos custos dos procedimentos licitatórios, a pesquisa realizada por no âmbito da INFRAERO concluiu que há uma redução nos custos administrativos no RDC em relação à Lei Federal nº 8.666/1993, com a diminuição do número de servidores empenhados diretamente na sessão pública do certame – 89 (oitenta e nove) horas para a modalidade Concorrência em contraposição a 52 (cinquenta e duas) horas para um processo de RDC -, possibilitando o emprego da força de trabalho em outras atividades voltadas para o cumprimento da missão institucional do ente licitante.

O RDC é uma ferramenta bastante eficiente para a Administração Pública promover contratações mais céleres e com menores custos, entendidos esses tanto em relação ao objeto licitado quanto aos administrativos, bem como com respeito ao princípio da moralidade e aos demais que regem a função administrativa. É um instrumento consentâneo a um modelo gerencial de Administração Pública, com foco no controle dos resultados, pois, principalmente no modo de contratação integrada, deixa a cargo do particular a concepção da solução para atender ao interesse público.

Sua utilização, todavia, por representar uma modalidade mais sofisticada em relação aos modelos tradicionais, não pode prescindir de pessoal altamente qualificado para bem definir os critérios de qualidade minimamente aceitáveis pela Administração

Pública e para avaliar com rigor as propostas dos licitantes, com atenção às peculiaridades e às inovações trazidas pelo mercado. Em suma, conduz-se a um imperativo de requalificação dos quadros da Administração Pública, sob pena de ver-se malogrados os fins a que se destina o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: tres estudios. Madrid: INAP – BOE, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, a. 11, n. 57, set./out. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=63184&p=16>. Acesso em: 17 fev. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 375-381.

ARAGÃO, Ferdinando Araújo de Mesquita. O regime diferenciado de contratações na Infraero. São Paulo, 2015. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 16636-1: Elaboração e desenvolvimento de serviços técnicos especializados de projetos arquitetônicos e urbanísticos. Rio de Janeiro, 2017.

_____. NBR 16636-2: Elaboração e desenvolvimento de serviços técnicos especializados de projetos arquitetônicos e urbanísticos. Rio de Janeiro, 2017.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao regime diferenciado de contratações: lei nº 12.462/2011 – decreto nº 7.581/2011**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 211-231.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Administração pública, ética e desenvolvimento: o que o agente público deve e o que não pode fazer**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Roteiro prático das licitações**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. **Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Brasília, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. **Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em 9 fev. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____. **Lei ordinária federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art46>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. **Relatório de Auditoria OS: 201505075**. Avaliação dos resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, com ênfase no regime de contratação integrada no DNIT. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Ministério de Minas e Energia. **Diretrizes para aquisições de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do Bird e créditos & doações da AID, pelos mutuários do Banco Mundial**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1252223/Diretrizes_para_bensx_obras_e_servicos_txcnicos.pdf/46d52bbc-4017-44d3-9a4c-39a691af54bc>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Compras Governamentais. **Pregão eletrônico gera economia de R\$ 48 bi nos últimos cinco anos**: modalidade acumula benefícios para governo federal, abr., 2015. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/noticias/pregao-eletronico-gera-economia-de-r-48-bi-nos-ultimos-cinco-anos>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Nota ao Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010 (regime diferenciado de contratações públicas)**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI133192,91041-Projeto+que+cria+regime+especial+de+licitacoes+para+obras+da+Copa+e>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Planalto. **EMI nº 00287/2013 MP CGU MJ SDH**, de 24 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Mpv/mpv630.htm>. Acesso em: 4 fev. 2018.

_____. Senado Federal. **Ofício nº 0315/2011-PRESID/ADVOSF, de 23 de setembro de 2011**. Brasília, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645. Requerentes: PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, DEM – Democratas e PPS – Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de agosto de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1310/2013**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 29/5/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1310%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 1 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1850/2015**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/7/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/%252a/COPIAAREEA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIATEMA%253A%2522RDC%2522%2520COPIASUBTEMA%253A%2522Contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520integrada%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/15/false>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2980/2015**. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 18/11/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/%252a/COPIAAREEA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIATEMA%253A%2522RDC%2522%2520COPIASUBTEMA%253A%2522Contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520integrada%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/11/false>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Portaria nº 85, de 3 de abril de 2012**. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Normativos.faces?anoDocumento=2012&numeroDocumento=85&situacao=todasSituacoes&>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: _____; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11)**: Aspectos fundamentais. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

_____. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-99.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. The latin american and caribbean. **Journal of Legal Studies.** Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, Porto Alegre, v. 3. n. 1. 2008.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba, 1998. 164f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

_____. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: BENETTI, Luciano. (Org.). **Direito e Economia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 382-404.

CUOCOLO, Fausto. **Instituzioni di diritto pubblico.** 10. ed. Milão: Giuffrè, 1998.

DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no regime diferenciado de contratações públicas (algumas considerações críticas). In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 9. ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FIUZA, Eduardo P. S. O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida das compras públicas. **Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior**, IPEA. n. 19. Brasília, 2012.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 195-225.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GICO JUNIOR, Ivo Teirxeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana, de 1º de janeiro de 1948**. Roma, 1948. Disponível em <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: lei 12.462/11 e decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 15, ago./out., 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

LIRA, Bruno de Oliveira. Cartéis em licitação: utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional. Recife, 2012. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco.

LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. **A eficiência nas leis nacionais de licitações e contratos administrativos**: uma abordagem juseconômica. Curitiba: CRV, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: _____. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-179.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Tamira Almeida. A legalidade e a moralidade: a previsão normativa e a compreensão doutrinária de dois princípios em aparente tensão no discurso judicial brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Brasil, v. 2, n. 1, p. 137-159, oct. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/83069>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1989.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 352-374.

MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um tratado de economia. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1-44, 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. Governando por contratos. **PPP Brasil – observatório das parcerias público-privadas**. 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-governando-por-contratos>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 99-107.

_____. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 4. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

OECD - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Diretrizes para combater conluios entre concorrentes em contratações públicas**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

PINHEIRO, João Henriques. Âmbito de aplicação do código dos contratos públicos e normas comuns de adjudicação. **Publicações CEDIPRE Online**, Coimbra, n. 5, fev. 2011.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1975.

POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Chicago, n. 53, 1998. Disponível em:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/608/>. Acesso em: 09 jan. 2018.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003, p. 187-210.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 149-167.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TORRES, Paula Ritzmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, 75-100, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TORRES, Paula Ritzmann. O procedimento licitatório simplificado da Petrobras: o dilema jurisprudencial de uma sociedade estatal de mercado. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, a. 10, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 295-307.

SAADI, Mário. A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11;/decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, André. (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coords.). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 169-192.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. Comentários aos artigos 27 e 28 da lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do decreto nº 7.581/11 – fase recursal única e encerramento do processo licitatório. In: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coords.). **Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC (Lei nº 12.462/11; decreto nº 7.581/11): Aspectos fundamentais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Edição Kindle).

STRINGARI, Amana Kauling. A influência econômica sobre o direito administrativo: uma proposta neoadministrativista. Florianópolis, 2015. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento europeu. **Diretiva 2014/24/UE, de 28 de março de 2014**. Estrasburgo, 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of defense. **Federal acquisition regulation**. Mar. 2005. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/browsefar>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 11, n. 45, p. 134-137, jul./set/ 2011.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coords.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 37-45.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.