



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

HÉCTOR RAFAELL SANTANA DE SOUZA

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E DA LEI DAS ESTATAIS

Recife

2017

HÉCTOR RAFAELL SANTANA DE SOUZA

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E DA LEI DAS ESTATAIS

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito
da Universidade Federal de Pernambuco.

SEMESTRE: 2017.2

TURMA: N10

Orientadora: Prof^a. Ma. Larissa Medeiros
Santos.

Recife

2017

HÉCTOR RAFAELL SANTANA DE SOUZA

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E DA LEI DAS ESTATAIS

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito
da Universidade Federal de Pernambuco.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

RESUMO

Com o passar dos anos e as consequentes mudanças sociais, a administração pública brasileira se viu envolvida num cenário bastante difícil, com um rol de anseios da sociedade cada vez mais amplo. Por isso, o estado, visto por muitos como bastante burocrático e incapaz de atender tais demandas, necessitou se remodelar. Neste viés, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado veio à tona em 1995, objetivando justamente os pontos que causavam este suposto engessamento. A partir deste Plano, a eficiência passou a ter uma importância nuclear, chegando a ser alçada como princípio constitucional. Assim, estudar tal temática a partir da análise da doutrina e da jurisprudência, e levando em consideração a sua interação com os demais ditames do Direito Constitucional e Administrativo, é de suma importância, sendo este o objetivo principal deste trabalho. Além disso, buscou-se abordar o contrato de eficiência, ferramenta essa inserida pelo legislador na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação) e na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais). Finalmente, deu-se um enfoque nas controvérsias da aplicação prática do princípio da eficiência, demonstrando o quão antagônicas tem sido as visões em relação às mudanças ora propostas, especialmente naquilo que se refere à sua viabilidade, e ainda quais as perspectivas da doutrina para o futuro das contratações públicas no Brasil.

Palavras-chave: Eficiência; Licitação; Contratos; Compras públicas; Maior Retorno Econômico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. Licitação pública.....	8
2. O Princípio da Eficiência.....	11
2.1 Eficiência na Administração Pública.....	12
2.2 Paradigma: Eficiência x eficácia.....	18
3. Os tipos de licitação na Lei nº 8.666/93 e suas nuances.....	19
4. Eficiência das licitações do tipo menor preço.....	20
5. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC).....	23
6. O princípio da eficiência na Lei das Estatais.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

No Brasil os debates referentes ao funcionamento da máquina pública tem sido cada vez mais ferrenhos e constantes, isto se deve a uma série de questões que tem ocupado diariamente os noticiários, desde o descambar de uma corrupção sem precedentes, até o questionamento sobre a viabilidade de manutenção de uma estrutura robusta do poder público, e as alternativas advindas da entrega de determinados serviços à iniciativa privada.

Inserida neste contexto, verificamos a vasta burocratização das entidades da Administração Pública, tanto direta quanto indireta, que nos leva à necessidade de sempre nos debruçarmos sobre alternativas que possam aproximar a prestação do serviço público no país a uma plataforma que denote qualidade e satisfação da população, isto é, alcance dos objetivos ora traçados para tais instituições. Neste viés, é que adentra o estudo da real adequação do serviço público no Brasil na atualidade, cotejando o quanto ele tem se alçado e se empenhado na busca da eficiência necessária.

Além disso, outro ponto que merece destaque em qualquer análise desta natureza, é a perfeita definição de qual a maneira apropriada de se manusear aquilo que se atribui como público, determinando quais os limites de atuação dos servidores, quais os princípios e demandas que eles devem levar em consideração quando do uso das suas atribuições, e como se deve determinar o pretense interesse público que tanto se busca satisfazer.

Mediante traços tão complexos e de difícil entrelaçamento, trazemos à tona através deste trabalho a aplicação de um princípio que visa inovar as contratações no âmbito da Administração Pública Brasileira, colocando em sintonia o intento de alcance do objetivo primordial do estado, o qual basicamente se resume no uso responsável dos recursos públicos atendendo aos anseios da sociedade brasileira.

A ascensão da eficiência ao status de princípio constitucional nos demonstrou uma tendência já observada em outros países e também já comprovada na iniciativa privada, cujo estabelecimento de metas e busca pela desburocratização nos processos denotava uma preocupação com a finalidade de cada procedimento, assim como com o sopesamento dos meios utilizados e de suas consequências,

atacando frontalmente as metodologias repetitivas que tornavam o Poder Público uma verdadeira demonstração negativa de gestão, onde os interesses se submetiam apenas a uma política de governo imediata, a qual visava apenas o abarcamento dos anseios de determinado governante.

Assim, a primeira parte deste trabalho tem o objetivo inicial de conceituar o princípio da eficiência, situando o leitor no espectro de ação deste tema e a sua inserção no âmbito da Administração Pública. Logo após busca analisar o quanto o princípio da eficiência teve a capacidade de mudar a forma de se observar a gestão pública no Brasil.

Num segundo recorte, buscou-se demonstrar o quanto os anseios da sociedade brasileira haviam se modificado, e como de uma forma anacrônica, a máquina pública acabou não se modificando na mesma toada, o que acabou ocasionando a determinação do Poder Público como algo extremamente antiquado e incapaz de atender aos complexos interesses da população.

A partir deste diagnóstico, fazemos uma confrontação do princípio da eficiência com os demais princípios da Administração Pública, tanto aqueles contidos na Constituição, quanto outros presentes nas mais diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando em que pontos eles conflitam, em quais se completam, e de que forma compõem o sustentáculo do Direito Administrativo Brasileiro.

Após isto, tratamos de um ponto mais específico do trabalho: a tratativa do tipo de licitação cujo critério de seleção prioriza o maior retorno econômico. Neste tópico fazemos um contraponto entre ele e o menor preço, tipo mais amplamente utilizado atualmente, demonstrando em que momentos eles se assemelham e quais as grandes diferenças, tanto em relação à questão procedimental, como também sob o aspecto do resultado que se busca alcançar.

Posteriormente adentramos nas duas legislações que trouxeram de forma inovadora a previsão das aquisições com a utilização do critério do maior retorno econômico, a Lei nº 12.462/2011, a qual trouxe o tão comentado Regime Diferenciado de Contratação, assim como a Lei nº 13.303/2016, cujo desiderato foi modificar a forma de manejo dos recursos nas mais diversas estatais ligadas à

Administração Pública Direta e Indireta, denotando numa verdadeira revolução para as regras atualmente utilizadas.

Numa toada final, apresentamos as controvérsias sobre a abrangência e as nuances das leis acima citadas, apresentando o grande debate que tem demonstrando visões amplamente divergentes, e que tem levado à necessidade de aperfeiçoamento no texto de tais legislações, assim como na sua forma de aplicação.

Para a construção deste trabalho nos utilizamos do método indutivo, e para auxiliar na construção e abordagem dos temas, utilizamos a ampla doutrina ligada ao assunto, assim como jurisprudência e notícias diversas, os quais tem a capacidade de clarificar como tem sido a interferência destas temáticas na rotina da Administração Pública Brasileira.

1. Licitação pública

Desde a composição dos primeiros agrupamentos sociais, observava-se o constante conflito de interesses dos indivíduos, os quais em decorrência disto, acabavam por viver num ambiente que oscilava num panorama não muito distante da selvageria, com a imposição do poder do mais forte sobre o mais fraco. Neste cenário, surgiu a necessidade de constituir uma entidade, mesmo que abstrata, que tivesse o poder de mediar estes conflitos, através do monopólio da violência e da capacidade de decidir discricionariamente em nome da coletividade, denotando assim a figura do Estado.

Como qualquer outra pessoa, o Estado possuía intrínseca à sua existência a necessidade de suprimentos para a perfeita manutenção das suas atividades, por conta disso, estabeleceram-se formas as mais diversas para se auferir recursos, os quais provinham desde a taxaço da circulação de mercadorias, restituição pelo uso da máquina pública, ou mesmo imposto sobre a renda do indivíduo, dando ensejo, portanto, à formação de um patrimônio estatal, isto é, a coisa pública.

Porém, com o passar dos tempos, adveio o receio de que este poder devidamente legitimado, desse azo a arbítrios e abusos, por isso as normas que regulavam esta relação do estado com o particular, assim como o trato com a própria coisa pública, foi limitando esta discricionariedade do príncipe, determinando critérios que não eivassem de anseios escusos e subjetivos o uso dos recursos públicos.

Daí adveio a ideia de se criar um método objetivo e o mais impessoal possível para a realização das compras públicas, o que hoje conhecemos como licitação, cuja origem advém do latim "*litiatio*", ou seja, arrematar em leilão. Tal procedimento advém ainda do período medieval europeu, quando se utilizava o sistema chamado "Vela e Prego", onde literalmente se afixava num prego a obra que se tinha o interesse de realizar, e, enquanto aquela vela permanecia acesa, os particulares interessados poderiam fazer as ofertas, extinguindo a luz da vela, vencia o certame aquele que havia oferecido o menor preço¹.

¹ TRURAN, Marta Hagen. **Origem da Licitação**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://www.licitacao.net/origem_da_licitacao.asp>. Acesso em: 18 de setembro de 2017. Passim.

A fim de melhor referenciar a temática das compras públicas no Brasil, devemos partir do ponto nuclear, isto é, da imposição contida no Art. 37, XXI, da nossa Constituição Federal de 1988 em relação à imperiosidade do respeito aos princípios administrativos gerais e utilização da licitação como meio para aquisição de bens ou contratação de serviços no âmbito da Administração Pública, ressalvados os casos especificados previstos em lei, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Da exigência constitucional, depreendemos que o administrador público no uso das suas atribuições, deve zelar pela objetividade no uso da coisa pública. Vale ressaltar que a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi a primeira que trouxe de forma expressa o dever de licitar², o que não quer dizer que anteriormente não existiam normas que regulassem as compras públicas, porém estas se utilizavam de outras nomenclaturas e regramentos.

Saliente-se ainda que, apesar de haver uma tendência histórica para a flexibilização e ampliação da discricionariedade administrativa, não podemos entender que a licitação vem em contraponto a isto³, muito pelo contrário, o apego à desburocratização da máquina pública e consequente presteza na realização dos atos administrativos não pode de forma alguma dar ensejo à legitimação de ações escusas por parte do administrador público, sobretudo em relação a condições que gerem benefício próprio e cometimento de corrupção ou outros crimes.

² MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira. **A licitação na Constituição de 1988**. Estudos Legislativos Senado Federal. Brasília, 2008. p.1.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 494.

Quanto ao conceito da licitação e sua designação como processo administrativo, Marçal Justen Filho⁴ preceitua o seguinte:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Num tom similar, José dos Santos Carvalho Filho⁵ apresenta a seguinte definição:

Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Assim, analisando tais conceitos, podemos observar que em ambos existe um apego a determinados princípios, sobretudo os da legalidade, com o respeito aos ditames normativos referentes a este procedimento administrativo, e à isonomia, que é basicamente a razão de ser da licitação, através do tratamento igualitário – ou desigual mediante a análise de critérios técnicos - entre todos os interessados, levando à pressuposição de que mesmo se alterando o agente público julgador, a definição do licitante com a proposta mais vantajosa permanece a mesma.

O procedimento licitatório seria inócuo se não tivesse contido em seu bojo um objetivo a ser alcançado. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ explica que há um triplo objetivo: o alcance do negócio mais vantajoso para a Administração, possibilitar aos administrados a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar e, finalmente, contribuir com o desenvolvimento nacional sustentável.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, **Op Cit., Loc. Cit.**

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 54.

Assim, do cotejo destes objetivos, destacamos que eles devem ser considerados de forma equilibrada, isto é, a exacerbação de qualquer um em detrimento de outro, pode gerar graves danos para a máquina pública, como por exemplo na tentativa de alcance de uma vantajosidade extrema, podemos ter gigantescos impactos ambientais e/ou sociais, portanto, há de se criar limites para cada finalidade.

2. O Princípio da Eficiência

De acordo com o dicionário Michaelis⁷, a palavra eficiência possui o seguinte significado:

- 1 Capacidade de produzir um efeito; efetividade, força.
- 2 Capacidade de realizar bem um trabalho ou desempenhar adequadamente uma função; aptidão, capacidade, competência.
- 3 Qualidade do que é passível de aplicação vantajosa; proveito, serventia, utilidade: Não concordo com a eficiência de leis tão antigas.
- 4 Atributo ou condição do que é produtivo; desempenho, produtividade, rendimento: Nada se compara à eficiência dessas máquinas importadas.

Desta forma, o que podemos observar do conceito acima é que eficiência está intimamente ligado ao resultado, ao efeito de uma determinada ação, a qual deve possuir intrínseco a si uma vantajosidade, e quanto maior ela for mais eficiente é o trabalho realizado.

Porém, apesar dessa ligação com o resultado, os meios não podem ser deixados totalmente de lado, pois, na verdade, uma atividade só deve ser considerada eficiente quando a ponderação entre o resultado alcançado e o custo necessário para sua obtenção denotar em algo vantajoso, isto é, compensatório para o autor.

Em suma, para que algo seja considerado eficiente, ele deve atingir exatamente os objetivos esperados, sem que para isso seja necessário o emprego de um esforço hercúleo e que acabe tornando aquele determinado procedimento

⁷ MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 07 de outubro de 2017.

inviável e de aplicação desfavorável. Assim a eficiência é muito mais uma aferição da capacidade de algo ser produtivo e de alcançar as metas preestabelecidas.

2.1 Eficiência na Administração Pública

Para um melhor enquadramento do alvo deste estudo, é de suma importância trazer à baila o significado da palavra eficiência, desta vez especificamente em relação à Administração Pública, para tanto, usaremos o conceito de Alexandre de Moraes⁸, a saber:

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Da análise do conceito supramencionado, de plano verificamos que o ponto de maior dúvida concerne à definição do que seria esse “bem comum”. Assim, verificamos que, apesar de a eficiência - ou “dever de boa administração”, como chamava a doutrina italiana - ter sido um princípio constitucional recentemente encartado, e ainda levando em consideração o intento do Poder Constituinte Derivado de exibir um fundamento que denotasse o desejo de desburocratizar e, conseqüentemente, potencializar a máquina pública, tal conceituação deixa claro que esta finalidade deve estar adstrita aos limites da lei. Neste sentido, nas palavras de Hely Lopes Meirelles⁹ “o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei”.

Apesar de ter obtido um status de princípio a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência já estava contida no ordenamento jurídico brasileiro muito antes disto, como por exemplo no Decreto Lei nº 200/67, isto é, no

⁸ MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 89.

governo militar, o qual já atribuía em seu Art. 26, III, a referência à "eficiência administrativa"¹⁰.

Vale ressaltar ainda que, apesar de não ter sido inédita na tratativa desse tema, a EC 19/98 teve uma importância fundamental para a consolidação deste conceito, não só alçando-o a um patamar constitucional, como também inserindo-o no rol de princípios da administração pública brasileira. Porém, vale consignar que a inclusão da eficiência como um dos princípios da Administração Pública, previstos na Constituição Federal Brasileira, só ocorreu em 1998, isto é, dez anos após a promulgação do texto original. Neste diapasão, a eficiência passou a gozar de um status de mandamento nuclear¹¹ do sistema jurídico-administrativo brasileiro.

Sob um prisma mais conservador, no passado a doutrina entendia que a eficácia administrativa era analisada a partir do atendimento aos ditames da letra da lei, isto é, a pura e simples aplicação da legalidade, não sendo levada em consideração a produtividade, fato que demonstrava um viés que pouco se preocupava com o alcance dos interesses sociais por parte dos entes públicos¹².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, dissecava ainda mais o conceito de eficiência na administração pública, trazendo à tona seus dois perfis, um prático, baseado naquilo que o administrador público exerce em suas funções, e outro voltado para o caráter mais gerencial, ligado ao modo como a administração pública será conduzida. Vejamos:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

¹⁰ ALVES, Caio Augusto dos Santos. **O Princípio da Eficiência e o Critério do Menor Preço na Licitação Pública**. Florianópolis: UFSC, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127563>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.p.14.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Loc. Cit.**

¹² MARQUES DA SILVA, Nadja Lírio. **Remuneração variável nos contratos administrativos: um instrumento do princípio da eficiência**. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte-MG, ano 15, nº 177, nov, 2015. p. 53.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas. 2005. p. 84.

Assim, com o passar dos anos, o Estado viu-se envolvido com os anseios da coletividade cada vez mais complexos, o que potencializou a necessidade de aprimoramento dos seus meios, os quais, no que concerne às compras públicas, têm se mostrado bastante burocratizados e, em muitos casos, pouco eficientes para proporcionar a aquisição ou contratação que possua qualidade aliada à maior economicidade possível.

Na tentativa de modernizar a administração pública, observamos a existência de um conflito, que ocorre a partir da dificuldade de se equacionar as formas de desburocratização, simplificação e racionalização dos procedimentos licitatórios-contratuais¹⁴ com a preservação da segurança jurídica, isonomia e, acima de tudo, legalidade dos procedimentos adotados para as compras públicas.

Neste sentido, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁵, elaborado em 1995, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, previa de forma clara e evidente que “a eficiência da administração pública” se traduzia como “a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário”, devendo ser tal reforma “orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações”.

De tal modo, observamos claramente a tendência latente de mudança do funcionamento da administração pública brasileira, deixando de lado seu perfil clássico, e adotando uma gestão de caráter gerencial nas mais diversas searas, como o próprio relacionamento entre sociedade e entidades governamentais, compras públicas e uso dos recursos.

De um ponto de vista ainda mais abrangente, a eficiência acaba denotando a capacidade de ser utilizada como uma ferramenta apta para o combate à corrupção e ao mau uso da máquina pública, pois, através do estabelecimento de metas críveis e plausíveis, é possível mensurar se a gestão pública tem sido realizada de forma

¹⁴ COELHO MOTTA, C. P. C. **A eficácia nas licitações e contratos: estrutura das contratações, concessões e permissões, responsabilidade fiscal e pregões**. 12. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 13.

¹⁵ BRASIL – Presidência da República/ Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Imprensa Nacional, Brasília. 1995. p.16.

responsável, ou seja, o confronto de tais ações mediante a observação do binômio custo x benefício, acaba por representar um instrumento de controle adicional aos demais já existentes.

Na formação do direito administrativo brasileiro, a partir de sua procedência, vemos que houve uma similaridade entre os princípios dessa disciplina com o direito constitucional, tendo ambas a legalidade e a garantia dos direitos fundamentais como o fundamento e sustentáculo¹⁶, buscando desta forma equacionar a atuação estatal em face dos abusos de poder e do uso insensato dos recursos públicos.

Vale destacar, portanto, que a administração pública em sua atividade não possui apenas interesses ínsitos, os quais devem ser atendidos para sua manutenção, mas sim que há uma demanda de caráter social que deve ser levada em consideração para que seus objetivos sejam alcançados, como a geração de empregos, sustentabilidade ambiental e boa gestão do patrimônio público.

Neste mesmo viés Bresser Pereira¹⁷ analisa que, diferente de uma empresa, o Estado não deve ter o lucro como o seu principal escopo, mas sim a satisfação de diversos interesses, senão vejamos:

As condições institucionais terão de ser necessariamente diferentes das existentes no setor privado, já que o Estado não opera através de trocas, mas de transferências, o mecanismo de controle não é o mercado, mas o da política e da administração, **e o objetivo não é o lucro, mas o interesse público.** (Grifo nosso)

O atendimento destes interesses deve ocorrer sempre que possível, porém não deve existir um total desapego à letra da lei nas ações, as quais não devem visar apenas os resultados, pois uma das principais funções do Estado é equilibrar os anseios que conflitam na coletividade.

¹⁶ MORAES SÁ, Rodrigo. **O princípio constitucional da eficiência.** Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXIV, nº 58, 05 de Agosto de 2014. Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/o-principio-constitucional-da-eficiencia>> Acesso em: 24 de abril de 2017. p. 10.

¹⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma Gerencial do Estado de 1995.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n.4, p7, jul./ago, 2000. Disponível em: <http://reformadagestaopublica.org.br/papers/2000/608-RefGerencial_1995-RAPpdf> Acesso em: 29 de outubro de 2017. p. 12.

Neste diapasão, legalidade e eficiência não podem ser vistos como conceitos antagônicos, mas sim como complementares, servindo de filtros para toda e qualquer ação do ente público, o qual deve verificar se na aplicação de determinada política pública haverá o respeito a ambos os princípios, pois permitir a realização de políticas que possuam previsão legal, mas não trazem (ou sequer possibilitam) a ocorrência de resultados benéficos para a coletividade, ou vice-versa, denotaria uma discricionariedade exacerbada do Estado e uma decisão cuja interpretação colidiria frontalmente com os seus princípios democráticos.

Assim sendo, há necessidade de que a ação não apenas cumpra um determinado ditame legal, mas que seja executada com presteza, celeridade, qualidade, precisão, perfeição, economicidade e muitos outros adjetivos que decorrem do princípio da eficiência¹⁸, denotando que o conceito de eficiência tem um caráter muito mais prático do que meramente programático e teórico.

Deste modo, o Princípio da Eficiência não pode mitigar ou eliminar a importância da aplicação do Princípio da Legalidade, mas sim trazer ao entendimento da legalidade um novo prisma, não mais baseado em uma legalidade cujo conteúdo seja meramente formal e desengajado dos objetivos esperados do Poder Público, e sim uma legalidade voltada para uma perspectiva realística e baseada no alcance dos resultados.

Constatamos também um conflito aparente entre o Princípio da Eficiência e o da Proporcionalidade, visto que, a partir deste, toda e qualquer decisão deve ser ponderada levando-se em consideração os elementos de adequação e necessidade. Desta feita, seria desarrazoada a realização de determinada ação, cujo conteúdo fosse inadequado ou mais oneroso, simplesmente pelo apego a uma legalidade material, pois na administração de resultados a ponderação baseada na eficiência serviria como uma “seleção imprópria” – isto é, baseada em critério extrínseco ao processo legislativo - à letra da lei, visto que um instituto seria ou não aplicado em virtude da apreciação de seu efeito finalístico, evitando, ao menos em tese, o uso de uma norma que gere maus resultados, ou que os meios não sejam observados como os mais viáveis para o caso concreto.

¹⁸ ALVES, Caio Augusto dos Santos. **Op. Cit.** p.18.

Logo, um ato que denote imoralidade administrativa, ou seja, aquele que vai de encontro aos objetivos da administração pública, também produz efeitos jurídicos, neste caso negativos, ensejando sua invalidade, a qual pode ser decretada pela própria Administração Pública ou através do Poder Judiciário¹⁹.

Esta forma de interpretar e analisar as ações da Administração Pública frente às necessidades, nem sempre teve este viés. Anteriormente existia um modelo de Administração com viés autoritário, unilateral, unitário, coercitivo e jurídico-formal, isto é, um modelo de gestão mais clássico e cujo apelo primordial estava em cumprir o contido nos estatutos legais. Porém, atualmente, entende-se que a administração deve ser de resultados, ou seja, deve ter um caráter plural e negociativo, priorizando as ferramentas utilizadas e as consequências obtidas.

Corroborando com o aludido acima, Enrique Groisman²⁰ (1993, apud ARAGÃO, 2006, p. 3), assevera que:

a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou também a ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde.(...)

Assim, observamos que o exercício do poder público deixou de ser visto como algo legítimo simplesmente pelo fato de estar adstrito à lei e de possuir um “pano de fundo” originado de uma perspectiva democrática, agora passou a se exigir o exercício, ou seja, as ações desencadeadas deste poder discricionário devem endossar tal legitimidade, atendendo aos anseios da sociedade²¹.

Apesar de estar devidamente encartado na Constituição Federal, o princípio da eficiência, de acordo com Celso Bandeira de Mello²² acaba por declarar muito mais um anseio do legislador em relação ao administrador público, ou seja, tem um

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. Cit.** p. 79.

²⁰ GROISMAN, Enrique. 1993. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, **O princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, número 4, novembro/dezembro de 2005 e janeiro de 2006. Salvador: REDAE. 2006. p. 3.

²¹ MARÍN, Antonio Martinez. **El buen funcionamiento de los Servicios Públicos**. Ed. Tecnos. Madrid, 1990. p. 13.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op Cit.** p. 109-110.

caráter muito mais programático, sendo um princípio muito difícil de ser controlado pelo Direito.

2.2 Paradigma: Eficiência x eficácia

Em que pese serem palavras de grafias bastante similares, e de comumente serem empregadas como sinônimas, eficiência e eficácia são palavras com significação diferente, pois a eficácia está ligada à capacidade de realizar uma atividade com uma boa execução, isto é, não há uma visão focada nos fins, ao passo que a eficiência seria a condição de determinado método atingir os objetivos e resultados predeterminados²³.

Deste modo, a eficácia estaria muito mais voltada à verificação se o meio utilizado para o alcance de tal fim foi utilizado da forma correta, enquanto que a eficiência possui uma ligação muito mais direta com o resultado obtido, e se este satisfaz aos anseios pretendidos pelo executor. Levando-se em consideração a expectativa existente em relação à Administração Pública, tais resultados estariam ligados não somente ao atendimento do contido nas leis, mas ao alcance dos anseios sociais, os quais são cada vez mais complexos.

Porém, apesar de não serem sinônimos, a eficiência e a eficácia devem estar sempre que possível entrelaçadas, seja no âmbito da administração pública ou privada, pois em ambas as situações, o objetivo é o alcance do melhor resultado, utilizando para tanto o menor esforço e custos possíveis²⁴, isto é, os meios e os fins são importantes neste processo.

Do entrelaçamento destes conceitos, a doutrina trouxe à tona um terceiro elemento: a efetividade, a qual possui uma maior adequabilidade com os desígnios da administração pública, pois considera não só o alcance do objetivo almejado, mas quais as melhorias e sequelas advindas de cada atitude²⁵.

²³ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 8ª ed. São Paulo: Makron, 2011. p. 196.

²⁴ SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência na Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2003. p.189.

²⁵ MORAES SÁ, Rodrigo. **Op Cit.** p.1.

Marcelo Torres²⁶ destaca que não há “nada mais impróprio para a administração pública do que fazer com eficiência o que simplesmente não precisa ser feito”. Por isso, qualquer ação do administrador público deve ser ponderada não como algo completo em si, cujas consequências são destituídas de um juízo de valor, muito pelo contrário, deve sempre haver uma análise mista, levando em consideração a ação, combinada com os seus respectivos efeitos para a coletividade.

3. Os tipos de licitação na Lei nº 8.666/93 e suas nuances

A Lei 8.666/1993, cujo conteúdo apresenta as regras gerais para as licitações e os contratos da administração pública, possui quatro tipos possíveis de licitação, ficando a critério da Administração, mediante análise das características do objeto e a situação em lide, qual o tipo mais adequado, a saber: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

No caso do tipo “menor preço”, sem dúvida o tipo mais amplamente utilizado²⁷, conforme a própria nomenclatura deixa claro, o ente público, sob um prisma caracterizado pela total objetividade – ao menos é o que se espera – considerará como vencedor o licitante que apresentar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sendo esta a que apresentar o menor preço, desde que atenda às características técnicas do objeto especificado.

Por outro lado, a licitação do tipo “melhor técnica”, conforme o contido no Art. 46 da Lei nº 8.666/1993, deve ser utilizada para serviços de natureza predominantemente intelectual além de algumas espécies de projetos e trabalhos técnicos, cujo objetivo do administrador é encontrar o item que possua a melhor análise qualitativa, deixando de lado a mera apreciação do preço, o que, vale ressaltar, não possibilita à Administração a liberdade de contratar por qualquer preço, mas sim atendendo ao limite da importância baseada no valor de mercado, o qual servirá como preço de referência.

²⁶ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e Administração Pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p.175.

²⁷ ALVES, Caio Augusto dos Santos. **Op Cit.** p.34.

Sobre o tipo de licitação “melhor técnica”, Meirelles²⁸ destaca o seguinte:

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração.

O legislador previu ainda o tipo “técnica e preço”, o qual tenta reunir as ideias dos tipos anteriores, reunindo na mesma escolha o objeto que se destaque em suas características, mas sem deixar de lado o preço, preocupando-se em equacionar as duas premissas.

Já o “maior lance ou oferta”, por sua vez, possui um espectro de uso bem restrito, sendo utilizado apenas para alienação de bens ou concessão de direito real de uso, e, conforme alude o próprio o nome, o objetivo é arrecadar a maior proposta possível para a Administração, possuindo, portanto, uma lógica inversa em relação ao tipo “menor preço”, em virtude da Administração, neste caso, ser o polo passivo da relação, isto é, aquele que auferirá o recebimento de determinada quantia.

Assim, fazendo uma análise analógica, sem ter o intento de confundir os ditames da Lei nº 8.666/1993 com a Lei nº 12.462/2012, norma que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), a qual será tratada mais adiante neste trabalho, verificamos que os tipos de licitação encartados na Lei 8.666/1993 estão muito ligados a critérios objetivos – através da consideração de predicados ligados ao objeto em si, como o próprio preço e características técnicas – e/ou subjetivos – ligados à uma comprovada capacidade qualitativa do fornecedor ou prestador de serviço na realização do fim da contratação, seja aquisição ou prestação de serviço.

4. Eficiência das licitações do tipo menor preço

De uma forma geral, a Administração Pública brasileira possui uma forte tendência de realizar os seus procedimentos licitatórios utilizando-se do critério menor preço, isto se deve a uma série de fatores, desde a tendência dos órgãos de

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op Cit.** p. 306.

controle, de primeiro analisar o preço para só depois verificar a real qualidade do objeto adquirido, gerando assim um temor prévio do gestor público, até a limitação do treinamento dos servidores que participam das licitações, os quais acabam por entender que o menor preço é o tipo de licitação mais adequado para todas as compras²⁹.

Todo este cenário se deve, sobretudo, a uma tentativa de evitar o mau uso dos recursos públicos, visto que escândalos tratando deste cenário no Brasil são bastante comuns. Aliado a estas ações, outras mudanças vem sendo propostas, tais como: informatização do processo, com métodos desburocratizantes e que facilitam o controle, além de um forte apego à publicidade e à transparência, buscando disponibilizar o acesso a tais informações não apenas aos órgãos de controle, como também a todos os cidadãos, dando cada vez mais contornos práticos à participação popular na gestão pública.

O administrador público, ao lançar mão da licitação pelo menor preço julga estar atendendo ao anseio dos atores supracitados, mas muitas vezes deixa de lado a ideia de que as compras e contratações no âmbito público vão muito além de uma mera aplicação da formalidade da norma, ou de uma tentativa de se resguardar de possíveis questionamentos futuros quanto à boa administração dos recursos, havendo, por sua vez, um prisma que adentra na finalidade daquele procedimento, a saber: o atendimento do interesse público.

Esta ideia tem se tornado cada vez mais complicada, em virtude de que o nosso modelo ortodoxo burocrático administrativo não seguiu a mesma toada da sociedade³⁰, o que acabou tornando o trabalho de equilibrar estes desejos uma tarefa arrojada e cuja aprovação deve levar em consideração vertentes as mais diversas possíveis, dificultando sobremaneira a vida do administrador público.

²⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/429>>. Acesso em: 25 de setembro de 2017. Passim.

³⁰ XAVIER, Gabriela Costa. **Novos rumos da administração pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas.** Revista TCEMG: abr/maio/junho. Minas Gerais: 2014. p. 47.

Assim, a razão de ser do processo licitatório não é apenas gastar o mínimo, mas sim fazer o melhor com o menor comprometimento de recursos possível. Desta feita, o administrador público deve possuir um discernimento tal, que lhe permita eleger quais critérios objetivos serão levados em consideração para o alcance da maior vantajosidade, resguardando, é claro, os limites já citados neste trabalho.

Marçal Justen Filho³¹ traz um questionamento bastante interessante em relação à real vantajosidade da redução dos gastos com as compras públicas, conforme vemos a seguir:

Ao longo do tempo, tem sido costumeira a divulgação de informações de que o pregão assegurou uma redução média de despesas em torno a 20%. Mas nunca houve questionamento sobre a efetiva vantajosidade das contratações. Ou seja, alguém pode afirmar que a Administração estaria pagando 20% a menos para adquirir um produto com a qualidade equivalente àquela do produto que anteriormente era adquirido por preço superior? Ninguém.

Tal situação precisa ser trazida à tona, pois como ele próprio preceitua, houve uma “mutação dinâmica das propostas”, ou seja, os licitantes, imbrincados numa premissa de entregar determinado produto pelo menor preço, foram reduzindo de forma diretamente proporcional a qualidade do objeto, ocasionando um resultado que não é (nem deve ser) o almejado pelo gestor público quando do manuseio dos recursos.

Neste mesmo diapasão, Marcos Nóbrega³² crava em sua coluna publicada no Jornal Novo Notícias, que a licitação acaba se traduzindo como um “detector de mentiras”, atendendo na maioria das vezes o que se espera dela em relação ao ponto de vista jurídico-formalista, mas deixando muito a desejar em relação ao viés econômico. Ele defende ainda que muitas vezes o licitante, propositadamente reduz sobremaneira os seus preços no certame, já com o intuito de solicitar reequilíbrio econômico-financeiro ou ainda fornecer o material ou serviço com qualidade

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Entrevista exclusiva ao portal Sollicita**. Portal Sollicita: 2017. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11538&n=exclusivo:-mar%C3%A7al-justen-filho-pa-ra-o-sollicita> Acesso em: 31 de outubro de 2017.

³² NÓBREGA, Marcos. **A licitação é um detector de mentiras**. Opinião divulgada no Portal do Jornal Novo Notícias em 30 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.novonoticias.com/opiniao/a-licitacao-e-um-detectador-de-mentiras-por-marcos-nobrega>> Acesso em: 01 de novembro de 2017.

duvidosa, denotando claramente que o enorme anseio desenfreado de se buscar o menor preço se mostrou algo inviável, ou mesmo, falso.

Para evitar tais situações, algumas ferramentas são fundamentais, dentre elas podemos citar a utilização de especificações técnicas, isto é, designação clara e precisa das características mínimas do objeto demandado pela Administração, evitando que os licitantes ofertem produtos que não condigam com a real necessidade, ou que possuam qualidade duvidosa, sendo, portanto, prejudiciais ao certame, visto que muitas vezes ofertam preços bastante baixos, induzindo ao erro o servidor responsável pelo processo. Assim, é de bom alvitre que o edital exija também a apresentação de amostras, a fim de expurgar qualquer tipo de dúvida sobre o atendimento do objeto ofertado ao previamente especificado.

Da mesma forma, o administrador público deve ter a cautela de exigir a apresentação de atestados de capacidade técnica, os quais devem demonstrar a capacidade daquele licitante de atender às exigências do edital, tanto em relação a parte qualitativa como quantitativa do objeto ou serviço que será prestado, além da apresentação de laudos técnicos e certificados que demonstrem o atendimento aos critérios de higiene, segurança e compatibilidade com as diversas normas que se familiarizem com o objeto da licitação.

5. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

Por entender a precípua necessidade do Estado de lançar mão da aquisição de bens e contratação de obras e serviços para a consecução de suas atividades, a licitação surge como a principal ferramenta capaz de proporcionar à Administração a realização de tais objetivos, sem deixar de atender ao conteúdo dos princípios que foram citados.

Todavia, a norma balizadora das licitações e contratações públicas no Brasil, a Lei nº 8.666/1993, possui conteúdo precedente à inclusão do princípio da eficiência na Constituição Federal, assim como ao Plano Diretor de Reforma do Estado. Deste modo, o texto desta norma tem sido criticado desde a sua promulgação, em virtude do

excesso de burocracia e formalismo³³ em boa parte de suas determinações. Em decorrência disto houve necessidade de sucessivas alterações do texto visando um melhor enquadramento à nova realidade administrativa brasileira.

Com o advento da Lei nº 12.462/2011, e a conseqüente implantação do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), o legislador pátrio demonstrou interesse em apresentar uma nova alternativa capaz de proporcionar um desentrelaçamento à morosidade do procedimento licitatório brasileiro, não deixando de lado a necessidade de ampliar a eficiência das contratações, como verificamos na leitura do primeiro artigo do referido diploma legal³⁴:

Art. 1º, §1º - O Regime Diferenciado de Contratação tem por objetivos: I - **ampliar a eficiência** nas contratações públicas e a **competitividade entre os licitantes**; (...). (Grifo nosso)

No bojo das inovações trazidas pela lei acima referida, os contratos de eficiência se destacam por trazer modificações na relação entre contratado e contratante, unindo-os sobre um mesmo fim, e tornando possível um ganho mútuo para as duas partes - o particular e o ente público - não apenas a partir da execução em si do objeto contratado, mas privilegiando a qualidade desta prestação e o alcance das metas ora definidas.

Segundo Laffont e Tirole³⁵ (1993, apud SÁ, 2013, p. 3), a chamada “Teoria dos Incentivos” se baseia na ideia justamente de que a partir do desempenho demonstrado, o contratado auferirá determinadas vantagens em sua remuneração. Desta forma, tal teoria trouxe à tona algumas mudanças nas relações existentes entre a Administração Pública e a iniciativa privada, sendo, portanto, estimulado o uso de incentivos econômicos à figura do contratado, com o intento de que haja esmero e dedicação adicionais na execução do objeto de necessidade do contratante, proporcionando assim um ganho para ambos.

³³ SÁ, Adolfo Luiz de; et al. **Contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: uma inovação a ser aplicada na gestão das infraestruturas de transportes**. XXVII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2013. p.1.

³⁵ LAFFONT, J.J. e TIROLE, J, 1993. In: SÁ, Adolfo Luiz de; et al. **Op Cit.** p.3.

Pelo fato de a lei 12.462/2011 ser relativamente recente, e considerando que o rol de possibilidade de sua aplicação veio sendo acrescido com o decorrer do tempo, Justen Filho afirma que ela terá um período de “experimentação legislativa”³⁶, isto é, sua eficácia e seus ditames serão analisados, verificando sua viabilidade e sua capacidade de ser encarada como uma completa revisão das regras atinentes às licitações e contratos no Brasil.

Vale ressaltar que, de início, a Lei 12.462/2011 possuía um espectro de aplicação bastante restrito e seu uso era meramente opcional para o administrador público, sendo adstrito às seguintes situações:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. (...)

Contudo, com o passar do tempo, houve ampliação de tais possibilidades, sendo incluídas as seguintes hipóteses:

IV - As ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal (Incluído pela Lei nº 12.688/2012)
V - Obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); (Incluído pela Lei nº 12.745/2012)
VI - (...)

No que concerne ainda à ampliação do rol taxativo de situações em que o RDC pode ser aplicado, destacamos a advinda a partir da Medida Provisória nº 678/2015, quando a Presidente da República acrescentou os incisos VI e VII no rol do Art. 1º da Lei 12.462/2011, a fim de viabilizar o seu uso para as obras e serviços

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11**. São Paulo: Dialética. 2013. p.15.

de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e também às ações ligadas à Segurança Pública.

Após o término de sua vigência, o Congresso apreciou o Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, o qual, como o nome já diz, visava converter a MP nº 678/2015 em lei, porém, durante sua tramitação no Congresso Nacional, o texto recebeu 72 emendas parlamentares com proposições que possuíam conteúdos que em nada condiziam com a MP original, além disso realizava alterações em diversas outras legislações.

Desta forma, alegando “contrabando legislativo”, e conseqüente inconstitucionalidade, o senador Álvaro Dias impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) o Mandado de Segurança nº 33.889 MC/DF³⁷, com pedido de liminar – justificado em virtude do *periculum in mora*, considerando que se a decisão extrapolasse o prazo da tramitação da lei, seria inócua - cujo relator foi o Ministro Roberto Barroso. Na apreciação do referido Mandado de Segurança o relator deferiu um pedido liminar alternativo, suspendendo o trâmite de todo o conteúdo do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015 que extrapolasse o contido na MP nº 678/2015.

Desta decisão, alguns incisos anteriormente incluídos na Lei 13.190/2015 tiveram a sua aplicação suspensa, perdurando apenas quatro, a saber:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - (...)

VI - Obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública;

VII - Obras e serviços de engenharia, relacionados a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística;

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito constitucional. Mandado de segurança. Projeto de conversão de medida provisória em lei. Controle de constitucionalidade formal preventivo. Inserção de matérias estranhas ao objeto da MP medida cautelar em mandado de segurança. **MS nº 33.889 - DISTRITO FEDERAL. Álvaro Fernandes Dias e Presidente do Senado Federal**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Sentença, 19 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPe ca.asp?id=308205265&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 06 de outubro de 2017.

VIII - Contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração;

IX – Dos contratos a que se refere o Art. 47-A (locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração); (...)

Encerrando as possibilidades de aplicação do RDC previstas na Lei nº 12.462/2011, verificamos o inciso X e o 3º do Art. 1º, que prescrevem o seguinte:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I – (...)

X - Ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

(...)

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Além dessas hipóteses, temos outras leis esparsas que autorizam o uso do RDC, como a Lei nº 12.815/2013, que autorizou o uso do RDC nas “contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II”.

Também a Lei nº 12.833/2013, a qual permitiu a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, diretamente ou indiretamente através de outra instituição financeira pública federal, a utilizar o RDC em licitações para aquisição de bens ou contratação de obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados visando à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos.

Da mesma forma a Lei nº 12.873/2013 autorizou a Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) a utilizar o RDC nas contratações de relacionadas à “reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural”, podendo ainda a CONAB contratar, havendo dispensa de licitação, instituição financeira pública federal para a mesma atuação, neste caso também podendo utilizar o RDC para fazer as contratações .

Por sua vez a Lei nº 12.340/2010 (alterada pela Lei nº 12.983/2014) prevê a aplicação do RDC “às licitações e aos contratos destinados à execução de ações de

prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres”, dando uma abrangência bastante ampla para aplicação do RDC, visto a grande multiplicidade de desastres que assolam o território nacional.

De acordo com o Art. 1º, §2º da Lei 12.462 a opção pelo uso do Regime Diferenciado de Contratação deverá estar expressa no instrumento convocatório, trazendo como consequência direta o afastamento de todos os ditames previstos na Lei 8.666/1993, salvo nos casos previstos em Lei. Assim o RDC possui caráter optativo, desde que se enquadre em alguma das situações supramencionadas.

Conforme citado anteriormente, a inserção da eficiência como um ditame nuclear nas licitações foi explicitado em duas legislações recentes, a nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação) e a nº 13.303/2016 (Lei das Estatais). Em ambos os casos as leis inovaram a práxis das compras públicas no Brasil, porém, é preciso analisar em que medida tais mudanças trouxeram alterações concretas para as licitações, e quais os pontos positivos e negativos observados.

No que concerne à Lei das Estatais, conforme já aludido, ainda não é possível trazer à baila quais os impactos de sua aplicação, mas o que podemos adiantar é que por se tratar de uma mudança radical na gestão das empresas públicas e sociedades de economia mista, deve sofrer bastante resistência para sua aplicação.

Porém, em relação à Lei do RDC, já há alguns extratos de sua utilização em algumas contratações para realização dos eventos que serviram de força motriz para sua criação: a Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo FIFA em 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016.

A Agência Brasil³⁸ noticiou em 2014, levando em consideração um levantamento realizado no mesmo ano pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco) e pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU-BR), os quais levaram em consideração as principais obras ligadas à infraestrutura da Copa do Mundo, que o uso do RDC não trouxe em si maior celeridade na conclusão das referidas obras, apresentando que dos 20 (vinte) contratos ora firmados, apenas 4

³⁸ MÁXIMO, Wellton. **RDC não agilizou obras da Copa do Mundo, mostra levantamento**. Agência Brasil, 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-05/rdc-nao-agilizou-obras-da-copa-do-mundo-mostra-levantamento>> Acesso em: 04 de outubro de 2017.

(quatro) foram concluídos no período previsto. Questionou-se ainda que, levando em consideração os valores investidos nas obras, os números foram ainda mais alarmantes, pois as que cumpriram o prazo foram justamente as que possuíam menor complexidade, representando apenas 1,35% dos valores investidos.

Ainda a partir deste levantamento, muito se criticou o fato que tais procedimentos privilegiaram muito mais o menor preço em detrimento de questões técnicas, o que é bastante temerário quando se trata de obras. Além disso, houve um foco muito grande em se desburocratizar o processo licitatório, principalmente em relação à celeridade nas etapas, o que foi de fato alcançado, porém acabou-se demonstrando muitas vezes a falta de planejamento do ente público, pois a partir de diversas lacunas sobre o objeto contratado e a forma de execução, houve superfaturamento dos preços.

Por outro lado, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) em notícia divulgada pelo sítio eletrônico da Câmara dos Deputados³⁹ no ano de 2015, afirmou que o uso do RDC facilitou a execução de diversas obras de infraestrutura nas estradas do Brasil, especialmente com a aplicação da contratação integrada, a qual permite que a Administração contrate a mesma empresa para elaborar o projeto básico e executar a obra, evitando projetos mal elaborados ou mesmo casos em que a empresa que realizará a execução se queixa de falhas no projeto básico, confeccionado por outra empresa ou pela própria entidade, denotando em maiores custos e retrabalho.

Demonstrando o cenário positivo do uso do RDC nas contratações do DNIT, foi realizado em 22 de setembro de 2014 o 1º Seminário de Licitações e Contratos do referido órgão, onde ficou demonstrado que antes do advento do RDC haviam diversas contratações realizadas em sua maioria na modalidade concorrência, previsto na Lei nº 8.666/1993, com as mais diversas incongruências e cujo prazo para conclusão da licitação perdurava em média de 10 a 12 meses (fase interna e externa).

³⁹ MARCEL, Thyago. **Regime Diferenciado de Contratação facilitou execução de obras, diz DNIT**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/494919-REGIME-DIFERENCIADO-DECONTRATACAO-FACILITOU-EXECUCAO-DE-OBRA,-DIZ-DNIT.html>> Acesso em: 04 de outubro de 2017.

Segue abaixo uma tabela⁴⁰ que compara os prazos demandados para o regime de contratação da Lei nº 8.666/1993 e o da Contratação Integrada, demonstrando que o período médio para conclusão na primeira hipótese equivale ao dobro da segunda:

Tabela 1 – Comparativo do período necessário para contratação entre o método concorrência (Lei nº 8.666/93) e na contratação integrada (Lei 12.462/2011 - RDC)

Atividades	RDC	Lei nº 8.666/93
Elaboração de projeto básico/anteprojeto	120 dias	240 dias
Aprovação de projeto	-	300 dias
Licitação (fase interna)	30 dias	30 dias
Licitação (fase externa)	79 dias	174 dias
Contratação	30 dias	30 dias
Elaboração do projeto	90 dias	-
Aceitação do projeto	30 dias	-
Início da obra	379 dias	774 dias

Fonte: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT

O ex-presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), Benjamin Zymler, destacou como pontos positivos do RDC não somente a agilização dos processos de contratação, mas também maior economia e garantia de idoneidade das empresas contratadas. Inclusive, a fim de comprovar isso, apresentou dados da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), demonstrando que houve uma grande redução do tempo para realização das contratações com o uso do RDC, de 278 dias, em média, para 78 dias⁴¹.

Assim, o que observamos é um verdadeiro cenário de amplos debates, inclusive na Câmara dos Deputados, e uma grande controvérsia em relação à viabilidade do RDC, alguns realizando ferrenhas críticas ao modelo, dizendo que possui grandes brechas e que não atinge os objetivos a que se propõe, enquanto

⁴⁰ FREITAS, Tarcísio. **DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT) - Apresentação do 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT**. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22set2014.pdf>> Acesso em: 30 de outubro de 2017.

⁴¹ LUGULLO, MARISE. **Especialistas consideram regime diferenciado avanço para licitações**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/421010ESPECIALISTAS-CONSIDERAM-REGIME-DIFERENCIADO-AVANCO-PARA-LICITACOES.html>> Acesso em: 30 de outubro de 2017.

outros demonstram, como nos casos do DNIT e da INFRAERO, que o uso do RDC trouxe vantagens.

No caso do Regime Diferenciado de Contratação a análise ultrapassa a mera observação do objeto adquirido e da capacidade do contratado, mas também de pretensa possibilidade do contratante de obter uma vantagem daquela contratação, indo além do simples alcance do interesse público na obtenção daquele objeto ou serviço, como também almejando um melhor uso dos recursos públicos, através da economia direta, e ganho recíproco das partes do contrato, conforme alude o legislador no Art. 23 da Lei nº 12.462/2012:

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.

Neste caso, nos dizeres de Adolfo Sá⁴², só há contratação baseada na eficiência quando o critério de julgamento do vencedor for a partir da verificação do maior retorno econômico, isto é, no ato da proposta de preço o licitante deverá apresentar sua proposta de trabalho e o retorno econômico esperado, arcando, portanto, com os riscos de não obter êxito na economia informada, havendo desconto da parcela de economia não obtida, ou até mesmo a aplicação de multa ou outros tipos de sanções⁴³.

Vale consignar que o contrato de eficiência possui em seu bojo todas as características de um contrato de risco, e, neste caso, a proposta deverá apresentar não somente o objeto ou serviço que será realizado, mas também precisa informar de pronto, qual a estimativa de economia que a empresa se compromete a gerar, para tanto, a proposta de preço levará em consideração o valor de referência

⁴² SÁ, Adolfo Luiz de; et al. **Op Cit.** p.4.

⁴³ NESTER, A. W. **Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 58, dezembro de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Nester_RDC.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2017. p. 6.

levantado na fase pré-licitatória, e o licitante estipulará um percentual de economia a ser alcançado num determinado espaço de tempo, levando-se em consideração aquele patamar.

José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴ aponta que o surgimento do contrato de eficiência advém de uma perspectiva positiva e plausível, porém há compreensíveis dúvidas em relação à como o administrador público se portará quando eleger o critério do maior retorno econômico, visto ser algo um tanto quanto difícil de estimar. Isto se deve à ínfima aplicação prática, havendo uma clara necessidade de amadurecimento e definição destes ditames.

No exemplo contido na tabela abaixo, observamos que o custo de remuneração do licitante B é quatro vezes maior que a remuneração do licitante A, ou seja, caso utilizássemos o critério do menor preço, o licitante A seria o contratado, porém, ao levar em conta o maior retorno econômico, o que se considera é o benefício líquido que a Administração Pública terá com a contratação, assim a proposta do licitante B apresenta uma maior vantajosidade para os cofres públicos, pois o ganho líquido é sobremaneira mais elevado.

Tabela 2 – Exemplo de classificação das propostas considerando o critério de seleção pelo maior retorno econômico

LICITANTE A	LICITANTE B
Proposta de redução de despesas: R\$ 2.000,00	Proposta de redução de despesas: R\$ 4.000,00
Remuneração: 10% do montante (R\$ 200,00)	Remuneração: 20% do montante (R\$ 800,00)
Benefício líquido*: R\$ 1800,00	Benefício líquido: R\$ 3200,00

Fonte: Elaborada pelo autor

Nota: Dados fictícios

*O Benefício Líquido equivale à diferença entre a redução de despesas proposta e a remuneração.

Portanto, o que se observará é o retorno líquido, isto é, a diferença entre a redução de despesas proposta e a remuneração exigida pelo licitante. Porém, a primeira pergunta que nos vem à tona é a seguinte: “Como podemos garantir que a empresa terá condições de proporcionar a economia contida na proposta?”. Tal garantia não existe em nenhum tipo de contratação, nem mesmo naquela que se

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op Cit.**. p. 297.

submete ao critério do menor preço. Por isso a Lei 8.666/93 traz em seu conteúdo diversas sanções para o mau licitante.

Tal situação não é diferente aqui. O legislador já previu no §3º do Art. 23 da Lei 12.462/2011 a hipótese de não alcance da economia prevista, para tanto cominou as seguintes sanções:

Art. 23 (...) § 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Com o desígnio de regulamentar o Regime Diferenciado de Contratação, foi editado o Decreto nº 7.581 no dia 11 de outubro de 2011. Nos Arts. 36 e 37 da referida norma, detalhou-se como ocorreria o critério de julgamento pelo maior retorno econômico, determinando que ele seria usado exclusivamente para a celebração dos contratos de eficiência e que o objeto de tais contratos poderiam ser obras ou fornecimento de bens, desde que o objetivo fosse de proporcionar ao órgão ou entidade contratante a redução de despesas correntes, devendo haver uma forma de mensurar tais parâmetros, e assim definir a parcela de remuneração que seria paga ao contratado.

O Decreto nº 7.581/2011 estabelece ainda que a definição da proposta mais vantajosa advirá do cálculo do benefício líquido proposto, isto é, a diferença entre a economia que a empresa se propõe a gerar e o percentual de remuneração requerido na proposta.

Desta forma, claramente teve-se o desiderato de resguardar a Administração Pública, deixando para o licitante todo o risco da contratação, evitando qualquer prejuízo ocasionado pelo contratado negligente ou mesmo por aquele que se utiliza de sua torpeza apenas com o intento de seu benefício próprio.

Há de se ressaltar que, como em qualquer outro modelo teórico, a aplicação crua do RDC em qualquer situação, pode gerar transtornos, visto que na prática é impossível tratar qualquer caso a partir de uma verificação *ceteris paribus*, ou seja,

deixando de lado as muitas premissas (algumas já citadas neste trabalho) que levam à consequências negativas, pois, apesar de existirem proposições interessantes na Lei do RDC, ainda há outras questões que acabam causando contratemplos, como por exemplo o despreparo dos servidores, os casos de desonestidade dos gestores públicos e empresários e ainda a falta de planejamento das contratações públicas em geral.

Ademais, como tudo que surge como uma novidade, esta modalidade deve ser analisada com bastante cautela, desde a verificação da viabilidade de seu uso para os mais diversos objetos, obras ou contratação de serviços possíveis, até a análise criteriosa da capacidade da Lei nº 12.462/2011 de se tornar o ponto nuclear e basilar das contratações públicas no Brasil como ocorre hoje com a Lei nº 8.666/93 e suas diversas alterações.

Portanto, só será possível de fato estimar a eficácia do uso do RDC a partir da verificação dos resultados por ela obtidos, considerando quais os pontos positivos e negativos de sua aplicação e pinçando em quais situações os objetivos ora esperados foram alcançados. O que já podemos consignar a partir dos debates é que o RDC em si não será a solução de todos os problemas que observamos na temática das compras públicas no país, pois como qualquer outra ferramenta, tal modalidade é o meio para o alcance de determinados intentos, e não um fim em si, e os resultados dependerão da conjugação de diversos fatores, os quais são bastante variáveis.

6. O princípio da eficiência na Lei das Estatais

Recentemente o regime jurídico das empresas estatais vem sendo discutido, sobretudo no que diz respeito à forma de aplicação dos recursos públicos, motivado principalmente pelo atual cenário político que vive o Brasil e também pelas circunstâncias econômico-políticas ligadas à maior estatal do país⁴⁵, a Petrobrás, a qual se viu imbrincada num forte esquema de corrupção, o qual demonstrou acima de

⁴⁵ VAZ, Tatiana. **Revista Exame: As 7 maiores empresas estatais do país em vendas**. Set. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/as-7-maiores-empresas-estatais-do-pais-em-vendas>> Acesso em 29 de agosto de 2017.

tudo a necessidade de regulação, desde parâmetros que possibilitem um melhor regime de transparência até a criação e/ou adaptação de ferramentas que possibilitem às estatais um regime de compras salutar e que de um lado não prejudique sua inserção no mercado, mediante um regime de concorrência que não se denote desleal, e tampouco que preveja um uso irresponsável do erário público.

Por esta ocasião, viu-se a necessidade de acelerar o cumprimento do mandamento contido no Art. 173, §1º da Constituição Federal⁴⁶, o qual dispõe o seguinte:

Art. 173 (...) § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Daí, veio à tona, mesmo que com certo atraso, a Lei nº 13.303/2016, cujo conteúdo tem como desiderato instituir o estatuto jurídico da empresa pública, o qual, numa leitura mesmo que não muito aprofundada, deixa claro o quanto foi difícil determinar quais regras deveriam ser seguidas, se majoritariamente num viés de direito público ou privado. Tal dicotomia é declarada por Bandeira de Mello⁴⁷ como sendo uma situação que demonstrou uma atração do Poder Público em relação ao funcionamento da empresa privada, principalmente em relação ao método de ação, assim como levando em consideração a sua notável eficiência.

Neste cenário bastante nebuloso, a doutrina tem realizado críticas, seja pelo engessamento de algumas normas previstas, seja pelo excesso de proselitismo na tratativa de algumas temáticas, tornando o texto muito mais truncado e duvidoso do que deveria ser, apesar de, sem dúvida, demonstrar um avanço, com o devido encarte das regras a serem seguidas pelas estatais.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e Administração Indireta**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1979. p.77.

Conforme Fabrício Motta⁴⁸ a confusão e truncamento acima citados se devem à mistura dos ditames de outras leis. Na verdade, a tentativa do legislador foi conjugar as regras que ele achava mais adequadas das leis nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública), Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e da Lei nº 12.462/2012 (RDC), enquanto que, nas palavras do citado autor: “esta disciplina exaustiva poderia ter cedido lugar a cânones essenciais, que preservassem a possibilidade de ajustes mais ágeis e flexíveis (...)” diferente do que se viu na prática.

Porém, considerando que antes já se fazia este compêndio de leis quando do enquadramento de qual seria o princípio mais adequado para o caso concreto, situação que deixava a empresa estatal num cenário bastante complexo, a Lei nº 13.303/2016 demonstra certo avanço, sendo ao menos uma tentativa de solucionar este cenário, com contribuições no seu conteúdo que demonstram essa tendência de modernização.

Adentrando no bojo da Lei das Estatais, logo no início da Seção II, a qual trata das “Disposições de Caráter Geral sobre Licitações e Contratos”, já identificamos de plano que o princípio da eficiência é citado como um dos ditames basilares, denotando assim o seu caráter, assim como o dos demais princípios encartados, de “moldura”, isto é, de parâmetro a ser seguido, tendo a capacidade de delinear a gestão das contratações no âmbito de tais instituições.

A referida lei prevê ainda no Art. 32, IV, que a modalidade “pregão” deve ser preferencialmente adotada para a aquisição de bens e serviços comuns, utilizando as premissas contidas na Lei nº 10.520/2002. Desta forma, fica claro o interesse do legislador de priorizar que tais compras sejam realizadas a partir da busca pelo “menor preço”, visto ser este o tipo de licitação indicado quando da utilização do pregão, seja ele eletrônico ou presencial.

Neste mesmo sentido, o Art. 54, VII, da Lei nº 13.303/2016 utiliza a alcunha “maior retorno econômico” para reproduzir o conteúdo já encontrado na Lei do RDC,

⁴⁸ MOTTA, Fabrício. **Lei de Licitações da estatais peca pelo excesso de regras**. Jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/interesse-publico-lei-licitacoes-estatais-peca-excesso-regras>> Acesso em 23 de agosto de 2017.

possibilitando à empresa pública e sociedade de economia mista a inclusão deste critério de julgamento como válido e admissível no seu instrumento convocatório.

Mantendo ainda os olhos sob a análise do mesmo Art. 54, só que dessa vez um pouco mais à frente, no parágrafo 6º, o legislador deixou claro qual seria o objetivo deste critério de julgamento, a saber:

Art. 54, §6º Proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada.”

Isto é, os ganhos acabam sendo mútuos. A empresa pública se favorece economicamente do trabalho bem realizado pelo particular, inclusive podendo ofertar à empresa privada vantagens que se indexem ao ganho ora obtido, servindo finalmente como um verdadeiro incentivo à atividade do particular, o qual tenderá a visar a melhoria da qualidade do seu trabalho e o alcance das metas predeterminadas, para que obtenha o seu devido retorno.

No que tange especificamente à contratação de obras e serviços, a Lei das Estatais já traz a previsão da contratação integrada no Art. 42, VI, modalidade de contratação instituída a partir do Regime Diferenciado de Contratação e que reúne na mesma empresa todas as etapas necessárias até a entrega final do objeto contratado, desde o projeto básico e executivo até as últimas fases concernentes à sua operação.

Vale ressaltar ainda que a Lei nº 13.303/2016 inova com a criação da contratação semi-integrada, a qual se diferencia da integrada pelo fato de manter sob a responsabilidade da Administração Pública a elaboração do projeto básico, deixando as demais etapas - a partir do projeto executivo - à cargo da empresa contratada.

O objetivo foi permitir que as estatais possuidoras da expertise necessária para elaborar o projeto básico, o façam mediante o levantamento das necessidades principais verificadas pela entidade, e após a definição destas características, possam submeter ao mercado tal projeto, permitindo que os interessados demonstrem métodos e tecnologias diferenciados para a obtenção dos anseios ora definidos. Desta maneira, a Administração Pública poderá optar, dentre um leque de

opções bastante amplo, qual a proposta mais adequada do ponto de vista técnico e econômico.

Mantendo a tendência das normas de licitações e contratos mais recentes, a Lei das Estatais também prevê no Art. 51 a inversão entre as fases de julgamento das propostas e habilitação dos licitantes, além de determinar uma fase recursal única, demonstrando o desejo do legislador de proporcionar maior celeridade no procedimento licitatório, tornando-o menos intrincado.

Por se tratar de uma lei recentemente aprovada, e que possui uma *vacatio legis* bastante elevada - 24 meses para que as empresas públicas já existentes apliquem as regras em suas licitações - ainda não é possível dimensionar de forma precisa qual o impacto que existirá para a realidade das estatais, mas, o que já podemos adiantar, é que, salvo nos casos que a lei for omissa, tais empresas não precisarão mais se socorrer de outras normas criadas com uma finalidade diferente, cujo objetivo seria de abranger a realidade de outros entes públicos, tais como os que compõem a Administração Direta, e que não participam dos regimes concorrenciais do mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se destacar que ainda não é possível dimensionar plenamente qual o impacto trazido pela aplicação das Leis nº 12.462/2011 e nº 13.303/2016 nas licitações e contratações públicas, mas há uma expectativa de parte da doutrina em relação ao caráter substitutivo da primeira norma, isto é, alguns doutrinadores como Justen Filho⁴⁹ sustentam a possibilidade de que a partir de uma experiência legislativa, e caso a sua aplicação demonstre resultados satisfatórios, as que atualmente regulam as licitações públicas tenderão a ser revogadas, ficando o RDC como o padrão para todas as compras no âmbito da Administração Pública Brasileira.

Alheio a isto, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.814/2017, cujo conteúdo visa abranger toda a temática das licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, revogando a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), e alguns dispositivos da Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC).

Tal projeto é defendido pelos parlamentares sobretudo pela necessidade de se condensar os avanços, principalmente os atinentes à maior eficiência de tais procedimentos, observados nas diversas leis criadas com o intuito de regular as compras e contratações públicas, para tanto prevê a inversão das fases de julgamento e habilitação, já observada desde a Lei do Pregão, assim como propõe o acréscimo ao texto legal de uma série de outros princípios já definidos pela doutrina, tais como: eficácia, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, competitividade, celeridade, economicidade e sustentabilidade.

Traz ainda em seu conteúdo o desapego às questões excessivamente burocráticas que em muito atrasam o andamento das contratações, como por exemplo a possibilidade de correção de determinados erros meramente formais, que não atrapalhem diretamente o sucesso do certame, ao final do processo, e ainda a dispensa de reconhecimento de autenticidade em cartório das documentações apresentadas, salvo nos casos em que houver fundada dúvida do agente público.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Ps. 506-507.

Em suma, transformar o serviço público no Brasil é uma missão no mínimo árdua, e com certeza vai muito além dos limites do estudo do direito. Questões de cunho social, político, econômico, e suas subdivisões estão intrincadas a este tema, e as consequências de tais mudanças podem ser extremamente positivas ou podem ter uma ação totalmente reversa.

O que não podemos deixar de citar é que esta transformação não advirá de um mero agrupamento de palavras redigidas e reunidas em um compêndio chamado lei, pelo contrário, vai muito além disso. Deve ser um esforço de todos, de uma nação que deve ansiar e contribuir para uma atuação estatal mais eficiente e que demonstre preocupação com o funcionamento da máquina pública, sem deixar de lado a satisfação dos interesses da sociedade e tendo a responsabilidade de realizar tudo isso mediante um desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ALVES, Caio Augusto dos Santos. **O Princípio da Eficiência e o Critério do Menor Preço na Licitação Pública**. Florianópolis: UFSC, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127563>>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e Administração Indireta**. 2^a. ed. São Paulo: RT, 1979.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30^a ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República/ Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Imprensa Nacional, Brasília. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 33.889 - DISTRITO FEDERAL. Álvaro Fernandes Dias e Presidente do Senado Federal**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Sentença, 19 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308205265&tipoApp=.pdf>>.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma Gerencial do Estado de 1995**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n.4, p.7, jul./ago, 2000. Disponível em: <http://reformadagestaopublica.org.br/papers/2000/608-RefGerencial_1995-RAP.pdf> Acesso em: 29 de outubro de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 8ª ed. São Paulo: Makron, 2011.

COELHO MOTTA, C. P. C. **A eficácia nas licitações e contratos: estrutura das contratações, concessões e permissões, responsabilidade fiscal e pregões**. 12. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas. 2005.

FREITAS, Tarcísio. **Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) - Apresentação do 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT**. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22set2014.pdf>>.

GROISMAN, Enrique. **Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico**. 1993. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, **O princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, número 4, novembro/dezembro de 2005 e janeiro de 2006. Salvador: REDAE. 2006.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/429>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11**. 1ª ed. São Paulo: Dialética. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Entrevista exclusiva ao portal Sollicita**. Portal Sollicita: 2017. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11538&n=exclusivo:-mar%C3%A7al-justen-filho-para-o-sollicita>.

LAFFONT, J.J. e TIROLE, J. **A Theory of Incentives in Procurement and Regulation**. The MIT Press, Cambridge, Mass. 1993. In: SÁ, Adolfo Luiz de; et al. **Op Cit**.

LUGULLO, MARISE. **Especialistas consideram regime diferenciado avanço para licitações**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/421010ESPECIALISTAS-CONSIDERAM-REGIME-DIFERENCIADO-AVANCO-PARA-LICITACOES.html>>

MARCEL, Thyago. **Regime Diferenciado de Contratação facilitou execução de obras, diz DNIT**. Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/494919-REGIME-DIFERENCIADO-DECONTRATAcao-FACILITOU-EXECUCAO-DE-OBRA,-DIZ-DNIT.html>>.

MARÍN, Antonio Martinez. **El buen funcionamiento de los Servicios Públicos**. Ed. Tecnos: Madrid, 1990.

MARQUES DA SILVA, Nadja Lírio. **Remuneração variável nos contratos administrativos: um instrumento do princípio da eficiência**. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte-MG, ano 15, nº 177, nov, 2015.

MÁXIMO, Wellton. **RDC não agilizou obras da Copa do Mundo, mostra levantamento**. Agência Brasil, 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-05/rdc-nao-agilizou-obras-da-copa-do-mundo-mostra-levantamento>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira. **A licitação na Constituição de 1988**. Estudos Legislativos Senado Federal. Brasília, 2008.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999.

MORAES SÁ, Rodrigo. **O princípio constitucional da eficiência**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXIV, nº 58, 05 de Agosto de 2014. Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/o-principio-constitucional-da-eficiencia>>.

MOTTA, Fabrício. **Lei de Licitações da estatais peca pelo excesso de regras**. Jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/interesse-publico-lei-licitacoes-estatais-peca-excesso-regras>>.

NESTER, A. W. **Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 58, dezembro de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Nester_R DC.pdf>.

NÓBREGA, Marcos. **A licitação é um detector de mentiras**. Opinião divulgada no Portal do Jornal Novo Notícias em 30 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.novonoticias.com/opiniao/a-licitacao-e-um-detector-de-mentiras-por-marcos-nobrega>>

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência na Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

SÁ, Adolfo Luiz de; et al. **Contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: uma inovação a ser aplicada na gestão das infraestruturas de transportes**. XXVII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2013.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e Administração Pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

TRURAN, Marta Hagen. **Origem da Licitação**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://www.licitacao.net/origem_da_licitacao.asp>.

VAZ, Tatiana. **Revista Exame: As 7 maiores empresas estatais do país em vendas**. Set. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/as-7-maiores-empresas-estatais-do-pais-em-vendas>>.

XAVIER, Gabriela Costa. **Novos rumos da administração pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas**. Revista TCEMG: abr/maio/junho. Minas Gerais: 2014.