

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

PRINCIPLE OF EQUALITY IN DIFFERENTIAL SCHEME FOR PUBLIC CONTRACTS

ROBERLEI ALDO QUEIROZ

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e Mestrando do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

MIGUEL KFOURI NETO

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA.

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade abordar o avanço da integração entre regras e princípios na Lei 12.462/2011 que instituiu o REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC, o qual teve por objetivo inicial propiciar meios mais céleres de contratação pública para os eventos conquistados pelo Brasil em 2007 e 2009, JOGOS OLÍMPICOS 2016 e COPA DO MUNDO 2014. A pesquisa buscou enfatizar os avanços dessa integração em favor do interesse público, além de apontar os aspectos positivos de inclusão e sustentabilidade do cidadão e da empresa em decorrência da nova norma. A importância do RDC hoje na seara das licitações como uma prévia de uma nova norma geral a regular o tema e revisar a lei 8.666/1993 foi comprovada no momento em que foram incluídas em tal sistema as contratações na saúde, educação e PAC (programa de aceleração do crescimento).

PALAVRAS-CHAVE: Integração de normas; Princípios; Licitações; Regime Diferenciado.

ABSTRACT

This article aims to address the progress of integration between rules and principles in the Act that established the 12.462/2011 DIFFERENTIAL TREATMENT OF PÚBLICS CONTRACTS, which aimed to provide means quicker initial procurement for events won by Brazil in 2007 and 2009, OLYMPIC GAMES 2016 and WORLD CUP 2014. The research sought to emphasize the progress of this integration in the public interest, in addition to pointing out the positive aspects of inclusion and sustainability of the citizen and the company as a result of the new standard. The importance of the DRC today on the likes of licitations as a preview of a new general legislation regulating the issue and revise the law 8.666/1993 was proven at the time were included in such a system hiring in health, education and PAC (program acceleration of growth).

KEYWORDS: Integration of Standards; Principles; Licitacion; Differential Treatment.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil se destaca no cenário mundial como poucos países do mundo, principalmente por sua natureza continental e sua população, que além de enorme em números é também resultado de muitos efeitos migratórios. GILBERTO FREIRE¹ explicita que o Brasil é conhecido por seus "Brasis", maior muitas vezes que sua própria identidade nacional.

As necessitadas brasileiras são tão diferentes quanto suas expressões regionais e o modo de pensar de cada uma de suas comunidades. O que é

¹"Houve tempo em que na imprensa inglesa o Brasil apareceu mais como "os Brasis" do que como "o Brasil". Reconhecia-se assim um pluralismo que de facto era tanto, deixasse de haver entre nós uma unidade nacional que contrastava com a fragmentação da América Espanhola em várias e turbulentas repúblicas, inimigas de morte umas das outras. Os chamados "Brasis" formavam politicamente um império; e social ou culturalmente um sistema de convivência em que a unidade e a diversidade se completavam. Tinha esse sistema a língua portuguesa por principal expressão de sua unidade e os contrastes regionais de predominâncias étnicas - o ameríndio na Amazônia, o branco no Sul, o negro na Baía - eram as afirmações mais ostensivas de sua diversidade ou pluralidade étnica. Étnica e cultural.

Hoje, sem ser Império, mas República federativa, o Brasil continua a ser um conjunto de Brasis. Mas esse conjunto de Brasis só tem sentido - social, cultural, étnico, econômico, político - sob a forma de um vasto e só Brasil que, por ser plural, não deixa de ser uno. Trata-se de uma das combinações sociologicamente mais expressivas, de unidade com pluralidade, que o mundo moderno conhece. (FREYRE, Gilberto. **Brasis, Brasil e Brasília**: sugestões em torno de problemas brasileiros de unidade e diversidade e das relações de alguns deles com problemas gerais de pluralismo étnico e cultural. Lisboa: Livros do Brasil, 1960. 239p.)

importante no Rio Grande do Sul, certamente não coincide com o que a população do Nordeste tem por prioridade.

Tem locais onde falta água e em outros existe abundância desta. Já em alguns Estados existe sobra de mão de obra qualificada, enquanto em outros faltam estudos básicos.

Danos ao meio ambiente destruíram várias localidades onde a natureza era abundante, transformando estas em verdadeiros desertos, onde não existe mais exploração agrícola condizente com as necessidades da população. Não estamos mais diante da terra de Pero Vaz Caminha², que afirmou quando das explorações portuguesas que “*aqui nessa terra tudo que se planta nasce, cresce e floresce*”.

O “princípio responsabilidade”, tão defendido por HANS JONAS³, que busca o desenvolvimento sustentável da tecnologia e proteção ao meio ambiente (em benefício das gerações futuras) nunca foi tão necessário no pensamento das autoridades e empresários brasileiros como agora, os quais usam tudo de forma absolutamente degradante, dando início ao fim do que já foi o maior celeiro do mundo.

No campo do direito público, vê-se a necessidade do Estado brasileiro entender os ensinamentos de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁴⁵, que há muito luta por uma correta interpretação da *função pública*:

Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Não se pretende adentrar com esgotamento em tal seara de estudo, uma vez que a presente pesquisa tem por norte a isonomia no regime diferenciado de

²Escrivão da frota de Pedro Álvares Cabral, Caminha redigiu a carta para o rei D. Manuel I (1469-1521) para comunicar-lhe o descobrimento das novas terras. Datada de Porto Seguro, no dia 1 de Maio de 1500, foi levada a Lisboa por Gaspar de Lemos, comandante do navio de mantimentos da frota.

Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_a_El_Rei_D._Manuel. Acessado em 10 de novembro de 2013.

³ JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC, Rio de Janeiro, 2006.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello ainda cita Kelsen, afirmando que este sustenta que as funções estatais na verdade são duas: a de *criar* o Direito, legislação, e a de *executar* o Direito, o que tanto é feito pela Administração como pela Jurisdição (**Teoria General del Derecho y del Estado**, Imprenta Universitária, México, 1950, tradução de Eduardo Garcia Maynez, pp 268-269) Idem. p. 29-30

contratações, mas é crucial para se compreender como chegamos ao que se tem hoje.

Os investimentos do setor público são infinitamente menores que o necessário, faltando o básico do essencial para a maioria da população, carente de tudo.

Mesmo assim, vigora no País um sentimento de que chegaremos lá, seja como for, e que estamos “*todos no mesmo barco*”, como bem afirma JESSÉ SOUZA e seu *mito da brasilidade*:

Do Oiapoque ao Chuí, todo brasileiro, hoje em dia, se identifica com esse “mito brasileiro”. Todas as nações bem-sucedidas, sejam ricas ou pobres, possuem um mito semelhante. O “mito nacional” é a forma moderna por excelência para a produção de um sentimento de “solidariedade coletiva”, ou seja, por um sentimento de que “*todos estamos no mesmo barco*” e que, juntos, formamos uma unidade⁶.

São por essas breves razões e muitas outras que o Estado precisa atuar com grande ênfase no campo das licitações públicas, porque quase tudo que a população de concreto precisa tem por início em um procedimento licitatório.

Não podemos mais deixar prevalecer tantas diferenças em um País que o Mundo tem como um dos mais ricos em insumos e belezas naturais, que certamente podem se transformar em operantes fontes de renda sem que sejam destruídas.

A única verdade que se pode afirmar neste momento, é que em Manari⁷, no Pernambuco, umas das cidades mais pobres do Brasil, a maioria da população não sabe o que é licitação e muito menos o que é acesso às facilidades que o poder

⁶ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. 1ª reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 29

⁷ Manari, onde IDH é baixo e água vale ouro. Em Pernambuco, cidade que já teve o menor Desenvolvimento Humano do país tem renda per capita de R\$ 30 e esperança de vida de 57 anos.

Manari, no sertão de Pernambuco, assusta pelos números. Segundo a classificação do PNUD, o município tem o menor IDH-M (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal) do Brasil. A renda per capita média de R\$ 30,43 mensais só não é inferior, entre 5.507 municípios do país, à da recordista Centro do Guilherme, no Maranhão, com R\$ 28,38. Na prática, quase não existem fontes primárias de renda.”

...

Todos os dias, entre 4h30 e 5h da manhã, os homens que conseguem trabalho na roça saem da cidade para a lavoura, enquanto mulheres e crianças caminham até um ponto mais afastado da cidade com baldes e garrafas vazias. O destino é a única grande cisterna disponível, construída com recursos municipais, na qual os moradores conseguem um pouco de água para atender as necessidades mais básicas. Quando chove, outra alternativa é o açude vizinho

Fonte(s): PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

Disponível em <http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20080510104605AAIKWX8>. Acesso em 10 de novembro de 2013.

público pode oferecer (embora na presente pesquisa já se tenha identificado certo avanço), pois lá a luta diária é por água e a população carente se esmera solidariamente a em breve poder brigar somente por comida acessível.

Assim, alterações na legislação que tenham por finalidade propiciar melhores oportunidades, principalmente para empresas locais, podem e certamente irão gerar grandes conquistas.

Esse é o caminho que se pretende trilhar no presente trabalho, nunca querendo esgotar a matéria, que ainda necessita de muitos estudos, mas ao menos dar mais visibilidade aos meios que se tem buscado para que aos poucos a realidade se transforme.

Uma coisa é certa: O Poder Público e suas licitações serão ainda por muitos e muitos anos o maior e melhor meio de crescimento aonde os investimentos de empresas privadas não chegam, seja por conta do baixo índice de renda da população, seja pela dificuldade de acesso aos insumos industriais, ocasionados, dentre outros fatores, pela falta de infraestrutura.

Por conta disso, alterações como o RDC não podem permanecer somente nos grandes centros e para as finalidades originais de sua implantação, mas sim deve ser a alavanca para o início de revisão de todo o arcabouço das normas licitatórias brasileiras, pois somente assim será difundido para todos os cantos do Brasil.

2. O NASCIMENTO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

Em 2011, mais precisamente em abril (04/08/2011), após a contestada⁸ experiência da Medida Provisória 527/2011, nascia a Lei 12.462/2011, a qual inovou (em alguns pontos apenas solidificou) grandes avanços para o campo das contratações públicas.

A nova legislação instituiu o que se passou a chamar de REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC, que teve como impulso primário a necessidade do conjunto das normas sobre licitações se preparar para os

⁸ A utilização desta Medida Provisória 527/2011 para a conversão na Lei do RDC gerou grandes controvérsias, as quais estão sendo atacadas na justiça, conforme citado no presente trabalho mais adiante.

recentes desafios frente aos JOGOS OLÍMPICOS 2016 e a COPA DO MUNDO 2014, eventos a ocorrer no Brasil, conforme decidido nos anos de 2007 e 2009.

A necessidade de adequação dos espaços públicos e, principalmente, do aumento da estrutura urbana das cidades que irão sediar os eventos, como rede de transportes, segurança, saúde e cultura, irá gerar enormes benefícios mediatos e imediatos para a população local, a qual herdará as melhorias que serão vivenciadas temporariamente por seus participantes e milhares de turistas que visitarão o Brasil.

Contudo, um dos maiores legados está justamente no campo do direito, com destaque para a seara das contratações públicas, visto que o exíguo tempo para tais eventos fez com que a legislação avançasse em estudos que certamente teriam seus resultados mais tardios pelo normal sistema brasileiro.

A real necessidade de que tudo esteja pronto antes do início de tais eventos, inclusive dentro dos prazos estipulados nos projetos que os conquistaram, fez com que o direito administrativo resolvesse pontos ainda em discussão em suas fontes, facultando⁹ (praticamente impondo, pois fora de tais sistemas é impossível se concluir tudo dentro do prazo) aos administradores públicos a utilização de recursos legais e administrativos diferentes dos normais estabelecidos na Lei 8.666/1993.

Foi baseada nessas necessidades que a Lei 12.462/2011 criou corpo e passou a amparar as contratações públicas com foco em tais eventos, certamente aumentando a competitividade entre os licitantes e possibilitando maiores trocas de tecnologias, com inclusão e sustentabilidade.

Dentre muitos outros avanços que a nova legislação trouxe, destacam-se sobremaneira o império do princípio da isonomia (igualdade).

Por certo não pretende o presente estudo deixar de frisar que muitos outros princípios estão enraizados no RDC, mas sim focar na isonomia, comprovando que as novas regras ficarão para sempre nos processos licitatórios, principalmente diante de sua real necessidade de adequação frente aos rápidos avanços da sociedade nas duas últimas décadas enfrentadas pela Lei 8.666/1993.

⁹ “De plano, cabe salientar que a escolha por esse regime diferenciado, nos casos dos empreendimentos listados no parágrafo anterior, é decisão discricionária do gestor. Entretanto, caso haja a opção, “deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei” (art. 1.º, §2.º, da Lei 12.462/2011)” (ALTONIAN, Cláudio Sarian, **Obras Públicas, licitação, contratação, fiscalização e utilização**, 3 Edição, Belo Horizonte, Editora Forum, 2012, p. 384)

A certeza de que não se está diante de algo passageiro foram as Leis 12.688, 12.722 e 12.745, todas de 2012, que ampliaram a competência do RDC.

Tal ampliação e as conquistas dos princípios podem ser identificadas claramente já no artigo 1.º da Lei 12.462/2011:

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

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) *(Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)*

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. *(Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)*

§ 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.

§ 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.

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino *(Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012)*.

Através da leitura do artigo acima, já se tem a certeza do foco deste trabalho, pois o princípio da isonomia está estampado no texto legal como um dos objetivos do RDC, demonstrando sua relevância.

O regime do RDC incorporou avanços (alguns novos e outros já provenientes de outras experiências legislativas, como na lei do pregão e lei das micro e pequenas empresas) como a contratação integrada; remuneração variável;

sigilo do orçamento; inversão de fases; disputa aberta ou fechada; registro de preços e novos tipos de licitação.

Dentre tais pontos, alguns serão abordados neste trabalho, pela ligação direta com o princípio ora focado.

Por fim, não há como deixar de frisar (embora não se pretenda adentrar com afinco em tais regras) que muitos artigos do RDC são detalhados através de regulamentos, como no caso do Decreto 7.581/2011 e do recente Decreto 8080/2013, que alterou novamente o anterior, elucidando as principais dúvidas que surgiram em seus dois anos de aplicação.¹⁰

O RDC não para de crescer! Prova disso, está na recente aprovação do Senado Brasileiro para que tal sistema seja também utilizado para a construção de armazéns da Conab.¹¹

Portanto, embora já seja objeto de questionamento no STF¹², a verdade é que o RDC veio para ficar e muitas de suas regras deram início ao novo panorama

¹⁰ Após dois anos da aplicação do RDC no âmbito do governo federal, o Decreto publicado aprimora e esclarece o novo regime de licitação e incorpora experiências acumuladas pelos diversos órgãos que se utilizam da modalidade de contratação.

Dentre elas estão: aperfeiçoamento das regras para Contratação Integrada (projeto + obra); aumento da concorrência e eliminação de vantagens no processo de licitação; diminuição do tempo para realização de obras, com a permissão do uso de Registro de Preço em contratações. O Decreto contribui, ainda, para auxiliar e facilitar a fiscalização e acompanhamento dos órgãos de controle em relação aos empreendimentos contratados.

PRINCIPAIS DESTAQUES

Contratação Integrada - a licitação de projetos e obras é conjunta. O Decreto incorpora aperfeiçoamentos e esclarecimentos para aplicação da Lei. Com isso, sanam-se dúvidas comuns e estimula-se a utilização da Contratação Integrada nos casos cabíveis. (Artigos 8º, 40 e 66)

Uso de registro de preço em obras padronizadas – é uma espécie de adesão a registros de preços em obras licitadas pelo governo federal. O uso do registro de preços só pode ocorrer se houver projeto básico ou executivo padronizados. Com isso, obras integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) como creches, quadras, UPAs, UBSs poderão ter a execução acelerada uma vez que estados e municípios terão todo o processo licitatório já realizado (Artigos 88, 89 e 102).

Esclarecer regras que garantem que os preços contratados sejam inferiores não apenas aos preços globais, orçados pela administração, mas também aos preços de cada etapa desses orçamentos. (Artigos 42 e 43)” Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=10216>. Acesso em 10 de novembro de 2013.

¹¹ Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2013/10/senado-aprova-ampliacao-do-regime-diferenciado-de-contratacoes.html>. Acesso em 10 de novembro de 2013.

¹²“O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, enviou hoje ao Supremo Tribunal Federal (STF) ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aprovada recentemente para viabilizar as obras da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016. A Lei nº 12462/11 trata do RDC e de outros assuntos. Na ação enviada ao Supremo, Gurgel pede ainda medida cautelar para que, até final do processo, haja a suspensão da eficácia da lei.

Para Gurgel, segundo texto publicado no site da Procuradoria-Geral da República, a lei contraria a vertente da legalidade. Ele argumenta que a norma não fixa parâmetros mínimos de identificação das obras, serviços e compras que devam seguir o RDC. “Como está fora de discussão a relevância dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de 2014, a mera referência a

das licitações brasileiras, em busca de uma nova legislação mãe, a qual certamente substituirá em breve a lei 8666/1993.

3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

No presente trabalho irá se utilizar mais a denominação de princípio da isonomia e não princípio da igualdade (aparentemente preferido pela doutrina), por se compreender que se enquadra melhor no campo das licitações, bem como por ter sido a eleita pela legislação em vigor, foco do presente estudo.

São muitos os momentos em que a isonomia está estampada na legislação brasileira como norte para sua aplicação, principalmente na Constituição Federal, onde já aparece desde o seu artigo 3.^o¹³ com a garantia da dignidade da pessoa humana e respeito às diferenças, uma exigência do pluralismo.

necessidades a eles vinculadas não oferece limitação alguma ao exercício da competência administrativa", enfatiza o procurador-geral na ação.

O procurador ressalta que a experiência mostra o risco que essa delegação representa para o patrimônio público e exemplifica: "Por ocasião dos Jogos Pan-Americanos de 2007, a União, Estado e Município do Rio de Janeiro não conseguiram organizar-se e identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados. Essa foi uma das razões para que o orçamento inicial do evento, de 300 milhões de reais, tenha sido absurdamente ultrapassado, com um gasto final na ordem de 3 bilhões de reais".

Gurgel ainda afirma no documento que "deficiências graves no planejamento e organização do Poder Executivo para a realização da Copa do Mundo de 2014 já se anunciam, visto que a matriz de responsabilidade prevista na lei em questão não tem recebido a imprescindível e tempestiva atualização." Por isso, defende Gurgel, "a transferência, ao Executivo, do regime jurídico de licitação pública, sem quaisquer critérios preordenados na lei, além da ofensa ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal conspira contra os princípios da impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência administrativa".

Gurgel destaca duas características do RDC que contrariam esses parâmetros constitucionais. Uma delas é que as obras e os serviços serão contratados sem que, previamente, se tenha definido, de forma clara, o seu objeto. "A definição prévia do objeto é um imperativo decorrente do princípio da isonomia dos concorrentes, pois é a partir dele que as diversas propostas podem ser objetivamente comparadas", lembra Gurgel.

Outra característica contestada por Gurgel é o procedimento da pré-qualificação permanente, previsto no RDC. Para ele, essa pré-qualificação "viola a finalidade do procedimento licitatório que é a ampla competitividade, ao buscar a habilitação prévia dos licitantes em fase anterior e distinta da licitação, além de permitir que interessados não pré-qualificados sejam alijados da licitação".

A ação proposta por Gurgel foi enviada ao Supremo acompanhada da representação formulada pelo Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal."Disponível em <http://www.d24am.com/noticias/manaus-2014/regime-diferenciado-de-licitacoes-para-a-copa-e-inconstitucional-diz-procurador/35296>. Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹³ "IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Isso, sem falar no preâmbulo da Constituição Federal, onde a igualdade surge como valor supremo.

A partir de tal ponto, muitos são os momentos consagradores de tal princípio, em todos os âmbitos da Nação e de seus sujeitos de direito.

É certo que a isonomia não possui um conteúdo material específico, mas sim trata de relação entre os sujeitos, comparando-os nas suas igualdades e desigualdades. É nesse sentido que trata o artigo 5.º da Constituição Federal.

Dentre os conceitos da isonomia/igualdade, é necessário se compreender que tal direito e dever também deve ser exercido pelo legislador e não somente pelos órgãos administrativos e pelo poder judiciário. O legislador também está adstrito a tal norma e assim deve observar que a isonomia esteja sempre garantida para a boa e correta aplicação da lei que está sendo criada.

O Supremo Tribunal Federal¹⁴ já se manifestou em tal sentido, o que demonstra como perfeita a preocupação do legislador da lei 12.462/2011 (RDC) em deixar claro que a isonomia foi respeitada em sua preparação, tanto que é parte literal já de seu primeiro artigo.

A Constituição Federal ainda assegura em seu artigo 37¹⁵, de forma expressa, a igualdade de condições¹⁶ entre os participantes de licitações.

Tão somente para fins de ilustração de sua importância como filtro constitucional, são oito as vezes que a Constituição reproduz expressamente o

¹⁴ “O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - A QUESTÃO DA IGUALDADE NA LEI E DA IGUALDADE PERANTE A LEI (RTJ 136/444-445, REL. P/ O ACÓRDÃO MIN. CELSO DE MELLO). - O princípio da isonomia - que vincula, no plano institucional, todas as instâncias de poder - tem por função precípua, consideradas as razões de ordem jurídica, social, ética e política que lhe são inerentes, a de obstar discriminações e extinguir privilégios (RDA 55/114), devendo ser examinado sob a dupla perspectiva da igualdade na lei e da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445). A alta significação que esse postulado assume no âmbito do Estado democrático de direito impõe, quando transgredido, o reconhecimento da absoluta desvalia jurídico-constitucional dos atos estatais que o tenham desrespeitado. Situação inócidente na espécie.” (AI/360461 - AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, STF, Relator Ministro Celso de Mello, DJE 28/03.2008)

¹⁵ “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) ... 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. (Regulamento)” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

¹⁶ “ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público.” MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 5ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 906

termo igualdade em seus textos e outros quatro falando em desigualdade, além de usar o termo isonomia uma vez. Assim, pode ser dito que as raízes de tal princípio como balizador do direito positivo brasileiro e sua aplicação são amplas, não existindo nenhuma possibilidade de não ser observado em todos os momentos, por todas as fontes do direito.

Portanto, corretamente agiu o legislador ao aplicá-lo junto ao RDC, mesmo diante da tamanha velocidade que tal sistema impõe em sua utilização.

Anteriormente a destacar as inovações do RDC que privilegiaram o princípio da isonomia, sem desrespeitar a importância do assunto (e o quanto merece ser aprofundado), é necessário frisar um relevante debate sobre seu conceito na doutrina nacional.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁷, ao falar dos princípios de direito administrativo, identifica o princípio da impessoalidade como sendo o próprio princípio da igualdade ou isonomia:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

A Lei 8.666/1993, traz em seu artigo 3º expressamente o princípio da igualdade¹⁸ como norma a ser cumprida nos processos licitatórios, ou seja, todos os interessados (que certamente se enquadrem no certame) poderão participar em igualdade de condições. Assim, qualquer ato que possa macular a competitividade e a participação de licitantes é contrário à lei. Por certo, há possibilidade e necessidade de fixação prévia de critérios de desempate, sendo que alguns constam inclusive da própria lei.

¹⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 20 Ed., 2006, p. 102.

¹⁸Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (LEI 8.666/1993)

DI PIETRO¹⁹ de forma absolutamente correta, coloca o princípio da igualdade como *“um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.”*

É importante ressaltar que os eventuais dispositivos de lei que fixam alguns critérios de desempate a favor, por exemplo, de empresas e produtos nacionais (em tese, contra os estrangeiros) ou de micro e pequenas empresas²⁰, na verdade não estão indo contra o princípio da isonomia, mas sim filtrando as licitações para a interpretação constitucional da igualdade material, pois a Constituição pretendeu assegurar igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais e não em todo o campo comercial.

E quando se oferece um tratamento diferente para micro e pequenas empresas, na verdade não se está indo contra a isonomia, mas sim tratando desigualmente os desiguais, na mais clara e perfeita interpretação constitucional.

Hoje a questão da inclusão deve alcançar relevo no campo do acesso às contratações públicas, pois a maior parte das novidades tecnológicas está nas micro e pequenas empresas e até mesmo nas empresas individuais, que tem somente suas invenções e criatividade como armas para combater gigantes do mercado, as quais certamente conseguem trabalhar no preço com maior competitividade diante de sua alta produtividade, além das suas já estabilizadas linhas de produção.

Portanto, quando se beneficia pequenos em detrimento dos grandes não se está aniquilando o princípio da isonomia, mas sim o seguindo, oferecendo aos pequenos, desde que competentes e ágeis, a possibilidade de lutar contra os demais e contra a falta de pesquisa, buscando a inclusão empresarial e sua sustentabilidade!

Permitir ao micro empresário o acesso às contratações públicas é garantir muitas vezes que pequenas comunidades inteiras tenham melhorias, já que empresas pequenas (mas minimamente estruturadas) poderão ter melhores

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Atlas, 24 Ed., 2011, p. 361

²⁰“As Micro e Pequenas Empresas dependem desses discrímens legais que lhes são concedidos para terem condições de concorrer com as médias e grandes empresas, tendo o Estado, ciente de sua função administrativa de fomento ao desenvolvimento e tendo em vista os ditames da Justiça Social e os princípios norteadores da Ordem Econômica, a obrigação de lhes assegurarem tal tratamento.” (LORGA, Marco Antônio. *Atividade de Fomento para as Micro e Pequenas Empresas: o Princípio da Isonomia*. **Revista Jurídica**. v. 2, n. 31. 2013. Curitiba: UNICURITIBA. p. 401)

rendimentos e, assim, oferecer melhores empregos e benefícios ao local onde se encontram.

Este é o verdadeiro objetivo da isonomia e não meramente colocar pequenos e grandes em igualdade de condições, pois se assim fosse certamente não teriam aqueles a menor chance.²¹ A Constituição Federal assegura isso nos artigos 170, IX e 179²².

Tão somente para encerrar a discussão acerca da conceituação do princípio da isonomia e sua relação com a impessoalidade, cita-se ODETE MEDAUAR²³, a qual enfrenta a questão em sua obra:

O princípio da impessoalidade recebe várias interpretações da doutrina brasileira. Para José Afonso da Silva, “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário...Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário “x” ou “y” que expediu o ato, mas com entidade cuja vontade foi manifestada por ele” (Curso de direito constitucional positivo, 1992, p. 570). Hely Lopes Meirelles associou a impessoalidade ao princípio da finalidade, que significa o atendimento do interesse público: “O administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros”. (Direito administrativo brasileiro, 1990, p. 81).

MEDAUAR ainda cita a interpretação de BANDEIRA DE MELLO (já citada acima) onde este faz relação com o princípio da isonomia.

Assim, seguindo tais ensinamentos, parece que a melhor solução é separar o princípio da impessoalidade ao da isonomia. Contudo, a solução também não

²¹ “Talvez o grande alarde acerca da potencial “função social” da licitação tenha se originado na Lei Complementar n.º 123/2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte...”

“Entretanto, as regras que conferiram essas vantagens, gritantes e originais, ao microempresário foram notoriamente responsáveis por despertar a melhor doutrina para a reflexão acerca da necessidade-possibilidade de a licitação (e a contratação administrativa) se prestarem a cumprir uma finalidade extraordinária.” FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 68

²² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).”

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

²³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 10 Ed., 2006, p. 125/126

estaria em sua ligação direta com a finalidade, apesar de esta estar presente no momento em que se deve aferir se a isonomia está sendo bem utilizada.

A impessoalidade deve ter ligação direta à imparcialidade e não à igualdade ou finalidade. A forma de agir que reflete na impessoalidade.

Já a igualdade tem por condão evitar a discriminação, o desequilíbrio jurídico. O que a igualdade busca é deixar claro que não deve haver distinções, logicamente desde que respeitadas quaisquer desigualdades.

Veja que o administrador poderia respeitar o princípio da igualdade em uma licitação, fazendo com que todos participem, dentre outros atos, e mesmo assim agir com imparcialidade ou sem a verdadeira finalidade do que se espera para aquele ato público.

Assim, respeitadas as diferenças, a verdade é que isonomia, impessoalidade e finalidade, são princípios que se completam, mesmo diferentes.

Quando se fala em princípio da isonomia, deve se levar em conta a finalidade do ato concreto onde a norma será aplicada, pois ela completa sua utilização. É a finalidade que importa e ela deve ser perseguida, respeitadas as igualdades e as desigualdades de todos os envolvidos.

Ensina ALEXANDRE DE MORAIS²⁴:

Dessa forma, o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são as finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade escolhida pelo direito.

Veja que a interpretação a ser utilizada no caso das licitações é de forma luzente a citada acima, pois o que se busca no RDC e em qualquer outro procedimento licitatório é o aumento da competitividade, o maior número de concorrentes, sempre a favor da melhor prestação de serviços, ou seja, do melhor atendimento ao que a população local espera da contratação.

Uma vez justificada a necessidade da aplicação da isonomia para atender as desigualdades dos participantes, se está agindo em perfeita consonância com o que defende o STF²⁵.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 5ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 180

Superada a questão dos conceitos e das diferenças básicas entre os entendimentos das correntes dominantes, é necessário que se explicita que o RDC respeitou muito o princípio da isonomia. Diversos foram os atos legais que o atenderam, uns com menos e outros com mais evidência.

A contratação integrada, que em verdade retrata uma necessidade já buscada há muito pela administração, apesar de estar mais ligada à eficiência, trouxe melhorias na competitividade (consequentemente na isonomia) quando permite que se licite não somente a obra, mas sim junto com esta a elaboração e o desenvolvimento de seus projetos básicos.

Ora, o avanço é absolutamente significativo, pois evita que projetos básicos sejam repetidos e de certa forma até preparados (mesmo que inconscientemente por pura repetição) para restringir participações, o que não pode existir.

É normal se ver nos órgãos de todo o Brasil a repetição automática de projetos básicos para todos os fins, sejam serviços ou obras.

No caso das obras, onde se encontra a contratação integrada, a possibilidade do participante de licitar o projeto básico junto demonstra a vontade do legislador de não somente agilizar o certame, mas de também permitir grande competitividade de projetos que busquem maiores benefícios para a administração e população com tal contratação.

Veja que tal integração deve ser precedida de licitação por técnica e preço, ou seja, permite uma inclusão maior de empresas que não se utilizam somente de baixa de preços (as maiores, que dominam o mercado), mas sim proporciona também a melhor técnica, onde certamente podem se destacar as inovações! Com a inclusão, tem-se sustentabilidade empresarial e local!

A contratação integrada também aumenta a eficiência da administração.

O tempo que se ganha em evitar que a administração faça todo o projeto básico é enorme, sendo que na maioria dos casos se evita, inclusive, outra licitação somente para tal projeto.

Assim, embora tenham regras claras estabelecidas para a contratação integrada, dentre as quais se destaca a necessidade de um anteprojeto por parte da

²⁵ STF: “O princípio isonômico revela a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas” (STF – 2.^a T. – Ag. Instr. n.º 207.130-1/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3 abr. 1998, p. 45), *in* MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 5ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 181

administração, é verdade é que a agilidade e economia que se tem no procedimento são grandes avanços.

É muito comum o contratado parar a obra sob a alegação de que não consegue realizar o que foi contratado. Isso certamente não irá ocorrer (salvo por culpa de problemas não atinentes ao projeto, como o clima, pagamento, etc.) caso o projeto básico tenha sido feito pela mesma empresa que fará a obra.

É por essa razão que no RDC, com contratação integrada, não se separa a responsabilidade do projeto básico da obra, mas sim outorgam ambas para o mesmo contratado, ficando a administração somente com a incumbência do anteprojeto.

A possibilidade do sigilo dos orçamentos até o encerramento da licitação traz também reflexos na isonomia.

Apesar de haver correte contrária a tal regra, com base na transparência dos dados públicos, a verdade é que tal ato traz grandes benefícios.

É certo que os participantes de um certame normalmente pautam seus preços com base nos orçamentos! Sem que estes apareçam desde o início a competitividade será amplamente alargada, assegurando assim a isonomia entre os participantes.

Se o licitante não sabe por quanto foi orçado aquele produto, por certo poderá um número maior de empresas participar e brigar por seu preço final, fazendo imperar e aparecer o real custo deste e, assim, beneficiar as que se dedicam com exclusividade a tal item ou tecnologia.

O que não se pode aceitar é o argumento da corrente contrária a tal sigilo, que se apegam no fato da não transparência possibilitar que alguns participantes tenham o benefício de informações privilegiadas por parte do administrador.

Os sistemas não podem ser pautados pela possibilidade de corrupção e desvios pessoais, pois para estas existem punições que devem ser aplicadas! Assim, evitar avanços significativos tão somente pelo risco de um servidor desonesto seria, no mínimo, perecer por conta do errado e não do certo!

VALMOR ANTONIO PADILHA FILHO, em sua dissertação sobre corrupção, traz:

Objetivar, no campo do direito administrativo, a qualificação da governança interna, dos procedimentos efetuados pelo ente estatal e seus agentes,

reduzindo trâmites excessivamente burocráticos, e implementando a celeridade, economicidade e transparência nos atos de gestão pública. Eventuais mudanças podem, ainda, voltar-se para a melhoria na eficácia das instâncias internas de prevenção e repressão à corrupção.²⁶

Portanto, não deve a administração deixar de utilizar de mecanismos que gere maior economia e agilidade por conta de alguns alegarem possível corrupção. Deve se agir com eficiência, prevenir e reprimir a corrupção por seus meios legais, bem como por atividades que antecedam o certame.

O direito administrativo evoluiu e atualmente novas formas de sanções devem ser pensadas. Assim ensina DANIEL FERREIRA:

Em grande parte, portanto, os especialistas entendem chegado o momento de uma completa revisão de atuação administrativa sancionadora, mediante a exigência (supostamente implícita no ordenamento) do elemento subjetivo como sempre necessário à tipificação da conduta, a obrigatória gradação das sanções *in concreto* e sua estrita pessoalidade (por conta da também supostamente exigida individualização). Tudo na cola de um vetuoso discurso criminal.²⁷

Ao adentrarmos na fase de habilitação, podem ser identificados grandes pontos que levam ao princípio da isonomia.

A possibilidade de inversão de fases, o que já era possível no pregão, demonstra a vontade do legislador quanto ao atendimento a vários princípios, em especial o estudado neste artigo.

Existe enorme velocidade e diminuição de burocracia quando se permite exigir a apresentação da documentação de habilitação somente ao vencedor do certame, desde que, certamente, haja declaração prévia de todos (sob as penas da lei), do atendimento a tais documentos.

Além disso, um dos pontos da habilitação que trouxe isonomia, principalmente no caso das micro e pequenas empresas, é a possibilidade da exigência dos documentos relativos à regularidade fiscal somente após o julgamento das propostas, no caso ao licitante melhor colocado.

²⁶ PADILHA FILHO, Valmor Antônio. **Corrupção e a Atividade Empresarial**. Curitiba: UNICURITIBA, 2010, p. 165

²⁷ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa, a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 331

Veja que isso permite ao licitante participar do certame mesmo com dívidas fiscais sanáveis, sendo incentivado a quitá-las por conta da vitória na licitação! Já se tratava de um avanço na Lei Complementar 123/2006, ratificado no RDC.

Quantas empresas estão em busca e oportunidades de obter rendimentos essenciais para sua sustentabilidade através de contratações públicas, que muitas vezes foi abalada justamente por conta da falta de isonomia (concorrência desleal) e dos investimentos em tecnologia própria. Tais empresas estavam impedidas de concorrer por conta da exigência de não terem débitos fiscais antes da habilitação.

Quem realmente faz o Brasil crescer não são as grandes empresas, mas sim as menores, locais e que geram empregos! Quanto mais formalidade se consegue, mais melhorias são alcançadas no campo social! Portanto, apoiar os pequenos a contratar com a administração, inclusive aplicando normas que incentivem a correção da distorção entre os concorrentes, é a mais pura aplicação da igualdade que a Constituição exige.

Agora podem as empresas, desde que isso tudo conste das regras da licitação (poder discricionário do administrador), participar desta em igualdade de condições com todas! E não se trata de dar benefícios contra o bom pagador, mas sim de propiciar igualdade material como já dito acima!

A invenção de um produto e de uma nova tecnologia pode levar seus inventores e empresas à bancarrota por conta dos altos investimentos durante as pesquisas! Por essa razão, propiciar que tais empresas tenham a possibilidade de demonstrar seus produtos e serviços em projetos públicos e, se vitoriosas, pagar suas dívidas, faz com que exista a mais clara e justa inclusão e sustentabilidade.

Com a vitória a empresa poderá buscar créditos e resolver suas pendências, além de oferecer melhores condições para empregados e todos que estejam envolvidos com ela.

O direito internacional também permite a contratação com empresas que tenham sido reabilitadas e incentiva tal ato.²⁸

Tem-se ainda a possibilidade de disputa aberta ou fechada, sendo que o que mais importa ao presente estudo é a aberta! Em tal modalidade, os licitantes

²⁸ “El apartado segundo del art. 20 de la Ley de Contratos possibilita, excepcionalmente, a ciertos insolventes poder participar em los procesos públicos de licitación contractual, siempre y cuando hayan sido “rehabilitados”. PEQUENO, Humberto Gosálbez. **El contratista de la administración pública**. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A. 2000. p. 443

ofertarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento.

A forma estimula em muito a competitividade e assim, como dito, a isonomia entre os participantes. É importante lembrar que toda e qualquer regra que tenha permitido maior competitividade traz maior coragem e possibilidades aos participantes pequenos e menos experientes em licitações (mas suficientemente competentes).

Quando o RDC inova ao falar em critério de melhor conteúdo artístico (além da melhor técnica) se está encorajando as melhores cabeças da arquitetura e também de diversos campos das artes a participar. Isonomia e inclusão, novamente juntas!

Deve ser destacada a possibilidade de a administração solicitar (como disposto no artigo 7.^o²⁹ do RDC) certificações de qualidade do produto e de seu processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, propiciando sustentabilidade ambiental, bem como beneficiando a isonomia material dentre os que investem em processos mais limpos de confecção do que fabrica e/ou vende.

A possibilidade de uma pré-qualificação permanente, que no RDC é diferente da existente na Lei 8.666/1993³⁰, trouxe alterações para licitações futuras, pois evita a repetição de todos os procedimentos.

Ao mesmo tempo, existem nesses casos críticas quanto à isonomia, pois alguns doutrinadores entendem que evitar novo certame pode levar a uma menor concorrência em situação similar de produto.

Contudo, tal raciocínio não prospera, pois o procedimento de pré-qualificação fica permanentemente aberto a eventuais novos interessados e tem validade pré-estabelecida de, no máximo, um ano. Isso foi regulamentado no Decreto 7.581/2011.

²⁹“Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

...

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada.”

³⁰ “Esta pré-qualificação é diferente daquela definida pela lei 8.666/1993, visto situar-se em momento anterior à licitação, e destina-se, de acordo com o art. 30 do RDC,...” (ALTONIAN, Cláudio Sarian, **Obras Públicas, licitação, contratação, fiscalização e utilização**, 3 Edição, Belo Horizonte, Editora Forum, 2012, p. 395)

Assim, não há diminuição de competitividade e isonomia, pois em qualquer momento novos interessados poderão adentrar em tal sistema. Portanto, tem-se a eficiência com respeito à isonomia.

Poderiam ser analisados outros pontos do RDC que possuem ligação com os princípios citados. Contudo, os mais importantes foram revelados, o que já comprova que existe necessidade de adequação da Lei 8.666/1993 aos novos caminhos que as duas últimas décadas impuseram ao novo estilo do ser humano e suas atividades básicas em Sociedade.

É neste momento que cabem novamente as preocupações de HANS JONAS e de seu *princípio responsabilidade*, pois a Sociedade atual exige muita tecnologia, aplicada sem que todas as preocupações com o desenvolvimento sustentável fossem resguardadas.

Quando se fala em aplicar o princípio da isonomia no RDC, não existe regra certa a ser seguida, mas sim algo a se buscar ao máximo que se puder, permitindo que o sistema ofereça sempre grande acesso a todos que desejam concorrer, bem como que todo o processo se encerre com a maior positividade possível para a Administração e cidadãos, ou seja, neste caso da forma mais isonômica possível.

É importante frisar a inexistência, em tese, de supremacia entre princípios, sejam quais forem. O nível hierárquico é o mesmo, não se permitindo a aplicação de um em detrimento do outro, mas sim devem ser aplicados dentro da realidade da finalidade³¹ de cada processo.

É importante salientar os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO³² que enfatiza que “o *princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada abstratamente.*”

³¹ Veja que analisar qual a finalidade do processo licitatório em questão é importante para se constatar se a aplicação da isonomia foi atendida, ou seja, em não sendo necessário tratar como desigual algum concorrente, tal ato se torna ilegal: “TRF – As exigências pertinentes à capacidade técnica dos licitantes estão relacionadas no art. 25 § 2.º do DL 2.300/86. O Edital que formular exigências outras não previstas nesse dispositivo estará ultrapassando os limites legais. Por sua vez, viola o princípio da igualdade o edital que pretende afastar da licitação candidatos, por terem domicílio em outro Município.” (TRF – 5.º Região – 1ª T. – MAS n.º 1.620/RN – Rel. Juiz Francisco Falcão, Diário da Justiça, Seção II, 25 jun. 1990), *in* MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 5ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 907

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Editora Forum, 8. Ed., 2012, p. 104)

No presente caso, por se tratar de contratações públicas, espera-se uma maior atenção aos princípios que envolvam o direito administrativo, mas não se descarta a aplicação de outros. O importante é que haja a integração dessas normas, princípios e regras, para que se chegue ao que todos esperam, ou seja, alcançar os valores supremos da Nação brasileira expostos na Constituição Federal desde o seu Preâmbulo.

Para tal integração existem inclusive outros princípios, como a proporcionalidade e a razoabilidade, que no caso das contratações públicas estarão sempre amparados pelo interesse público final.

Vale lembrar que o STF tem se posicionado que os direitos fundamentais prevalecem sobre o interesse público na maioria das vezes, o que nos leva a crer que o legislador e o administrador devem sempre levar em consideração não somente os princípios administrativos de forma isolada, mas sim colocá-los em confronto com os demais.

Além disso, toda aplicação deve ter como um dos focos principais o desenvolvimento.³³

Isso é atender ao interesse público, como bem ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO onde “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”³⁴

Toda empresa (e empresário) persegue o lucro³⁵ e em nenhum momento qualquer uma das hipóteses citadas afasta a possibilidade de lucro, mas traz para a

³³ “O desenvolvimento, em abordagens mais amplas, apresenta o crescimento econômico acompanhado de melhoria na qualidade de vida, ou seja, como possibilidade de inclusão das “alterações da composição do produto e a alocação de recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia).” OLIVEIRA, Gilson Batista de. SOUZA-LIMA, José Edmilson. **O desenvolvimento sustentável em foco**. Curitiba: São Paulo: Annablume, 2006. P. 16

³⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183

³⁵ “A função empresarial pode ser interpretada como qualquer atividade humana executada no presente com vistas a alcançar um objetivo no futuro. É a atividade de descobrir e avaliar as oportunidades para obter um lucro ou um benefício, aproveitando-se das circunstâncias existentes. O empresário será aquele que sempre deve estar atento as oportunidades do mercado para interpretar as informações dispersas e criar novos fins e meios, explorando uma oportunidade para obter lucros.” (BITENCOURT, Thiago Wiggers; KLEIN, Vinícius. *Boa Fé Objetiva e a aplicação no direito empresarial*. **Revista Percorso**. Vol. 13, n. 1. Curitiba: UNICURITIBA. 2013. p. 19)

administração a certeza de que quanto mais concorrentes, maior será a possibilidade da população ser atendida da forma que precisa.

Tem-se a esperança de que os novos paradigmas empresariais, principalmente os que decorrem das leis de contratações públicas, justifiquem investimentos no Social, gerando empresas mais justas com o bem estar e um pouco menos focadas somente no lucro.³⁶

Quando se atende à isonomia sem prejudicar o certame e ainda se consegue dialogar com a Sociedade, se está atendendo ao interesse público em sua mais profunda conceituação.

DANIEL FERREIRA traz em outro estudo que:

Portanto, com base no Direito atualmente vigente, qualquer licitação instaurada no Brasil não apenas pode como deve promover o desenvolvimento nacional sustentável, o que coloca em cheque, de plano, as razões jurídicas de legitimidade vislumbradas para algumas das disposições contidas no art. 24 da Lei nº 8.666 antes da mudança radical operada em 2010. É que a justificativa outrora encontrada para elas era exatamente a satisfação de outro interesse público relevante que, mui excepcionalmente, poderia encontrar na licitação um difícil empecilho senão mesmo um obstáculo intransponível³⁷.

Juntamente com o princípio da isonomia, bem como dando maior embasamento ainda para sua aplicação, está o princípio da supremacia do interesse público, onde todos os atos da administração devem atender ao bem comum.³⁸

O foco no atendimento da população, proporcionando melhorias para as empresas locais (ou que ao menos invista na Região e não somente use seus

³⁶ “O modelo neoliberal assumiu como premissa a inexistência de qualquer inter-relação entre atividade empresarial e ética. Proclamam seus adeptos mais fervorosos que a única função em empresa consiste em gerar lucro aos seus titulares. Assim, toda a pretensão de regulação da atividade econômica pelo Estado caminha em sentido contrário ao da natureza própria da atividade econômica. Esperar da empresa que ela cumpra outro papel que não aquele que está em seu DNA, isto é, a produção de lucro, seria cumulá-la com exigências que somente a desvirtuam de seu papel essencial.

...

O grande desafio posto, presentemente, é fazer com que a atividade empresarial, em si mesma, seja compreendida e realizada como função social.” (SILVA, Marcos Alves da; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos. Responsabilidade Social da Empresa e Subcidadania pautas para uma reflexão de índole constitucional. *Revista Jurídica*. v. 2, n. 31. 2013. Curitiba: UNICURITIBA. p. 443, 444)

³⁷ FERREIRA, Daniel. **Contratação direta de entidades do Terceiro Setor: possibilidades, parâmetros e limites no contexto da Lei nº 12.349/10**. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, jun. 2012. p. 1-2, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79684>>. Acesso em: 2 ago. 2013.

³⁸ “O princípio da supremacia ou preponderância do interesse público, também conhecido por princípio da finalidade pública, consiste no direcionamento da atividade e dos serviços públicos ‘a efetividade do bem comum.” MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 5ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 816

insumos) e sustentáveis é sem dúvida o que vai mudar a maneira como o *povo* vê a negatividade da administração pública.

O Brasil precisa de tudo! Os campos de futebol da COPA DO MUNDO e os ginásios para as OLIMPÍADAS não podem ser as únicas razões para avanços na legislação de licitações.

Ora, o que são as leis, senão o modo de ser da Sociedade em que se vive, devendo dar suporte para que seus filhos cresçam com mais dignidade, com mais orgulho de pertencermos a uma verdadeira Nação. Corretas as palavras de JESSE SOUZA:

O dia de hoje não é dos que simplesmente vivem. É dos vivos que fazem a vida um pouquinho diferente do legado que os mortos – e dos vivos que comportam em vida como mortos – nos deixaram.³⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como toda novidade, não há como se ter certeza que o RDC veio para ficar e servir de base para uma nova legislação sobre licitações.

Mas é certo que há muito os procedimentos da Lei 8.666/1993 necessitavam do enfrentamento das novas tecnologias.

O objetivo é sempre tornar a contratação pública mais célere, competitiva, econômica e eficiente.

A otimização de recursos em todos os sentidos (não somente o econômico) é a missão das novas legislações nesse campo, as quais devem permitir o amparo da população sem o aumento de impostos a cada dia.

O RDC trouxe diretamente em seu foco melhorias para a população, pois investimentos em esportes e cultura sempre se destacaram como soluções significativas para oferecer crescimento ao cidadão, lição já aprendida pelos países mais desenvolvidos.

Propiciar um maior acesso à licitação para empresas que provavelmente nunca teriam chance de competir é uma luz para a revisão da legislação das contratações públicas. Portanto, mesmo se suas novidades não forem utilizadas de

³⁹ Obra citada, p. 431

forma integral para uma nova visão legal, servirá como um excelente campo de pesquisa prática do que se pode fazer com menos burocracia.

Além disso, como já visto, o RDC foi ampliado para outras finalidades que não somente os eventos esportivos que lhe deram início.

O regime diferenciado está presente agora na saúde, na educação e nas obras do PAC (programa de aceleração do crescimento), ou seja, é uma realidade a necessidade de resultados rápidos e positivos em todas as searas onde reside o interesse público.

Sua utilização nas obras e serviços comprova que os administradores brasileiros não estão pensando somente na COPA DO MUNDO e nas OLIMPÍADAS, mas sim em deixar leis melhores como herança da coragem ao aceitar recebermos tais eventos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTONIAN, Cláudio Sarian, **Obras Públicas, licitação, contratação, fiscalização e utilização**, 3 Edição, Belo Horizonte, Editora Forum, 2012.

BITENCOURT, Thiago Wiggers; KLEIN, Vinícius. Boa Fé Objetiva e a aplicação no direito empresarial. **Revista Percurso**. Vol. 13, n. 1. Curitiba: UNICURITIBA. 2013.

BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei 8666/1993.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei 12.462/2011 (Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

BRASIL, Congresso Nacional. Lei 12.688/2012 (Alterações na Lei 12.462/2011).

BRASIL, Congresso Nacional. Lei 12.745/2012 (Alterações na Lei 12.462/2011).

BRASIL, Congresso Nacional. Lei 12.722/2012 (Alterações na Lei 12.462/2011).

BRASIL, Congresso Nacional. Medida Provisória 527/2011.

BRASIL, Congresso Nacional. Decreto 7581/2011.

BRASIL, Congresso Nacional. Decreto 880/2013.

CAMINHA, Pero Vaz. **Carta ao Rei de Portugal**. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_a_El_Rei_D_Manuel. Acesso em 10 de novembro de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Atlas, 24 Ed., 2011.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

_____. **Contratação direta de entidades do Terceiro Setor: possibilidades, parâmetros e limites no contexto da Lei nº 12.349/10**. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano11, n. 126, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79684>>. Acesso em: 2 ago. 2013.

_____. **Teoria Geral da Infração Administrativa, a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

FREYRE, Gilberto. **Brasis, Brasil e Brasília: sugestões em torno de problemas brasileiros de unidade e diversidade e das relações de alguns deles com problemas gerais de pluralismo étnico e cultural**. Lisboa: Livros do Brasil, 1960.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC, Rio de Janeiro, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Editora Forum, 8. Ed., 2012.

LORGA, Marco Antônio. Atividade de fomento para as micro e pequenas empresas e o princípio da isonomia. **Revista Jurídica**. v. 2, n. 31. 2013. Curitiba: UNICURITIBA

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 10 Ed., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 5ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. SOUZA-LIMA, José Edmilson. **O desenvolvimento sustentável em foco**. Curitiba: São Paulo: Annablume, 2006.

PADILHA FILHO, Valmor Antônio. **Corrupção e a Atividade Empresarial**. Curitiba: UNICURITIBA, 2010.

PEQUENO, Humberto Gosálbez. **El constrataista de la administracion pública**. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Juridicas Y Sociales, S.A. 2000.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PESTANA, MARCIO, **Licitações Públicas no Brasil**. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, Marcos Alves da; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos. Responsabilidade Social da Empresa e Subcidadania pautas para uma reflexão de índole constitucional. **Revista Jurídica**. v. 2, n. 31. 2013. Curitiba: UNICURITIBA. p. 443, 444)

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. 1ª reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 29