

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A
COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DE 2014 E OLIMPIADAS DE 2016.**

A LEI Nº 12.462/2011 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE.

THE DIFFERENTIAL PUBLIC PROCUREMENT REGIME TO 2014 FIFA WORLD
CUP AND 2016 OLYMPIC GAMES.

THE LAW N. 12.462/2011 AND ITS (UN)CONSTITUTIONALITY.

Tayná Tavares das Chagas*

Felipe Teixeira Ferreira da Silva*

RESUMO

Ao tornar-se sede dos eventos esportivos de maior dimensão mundial, a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016, o governo brasileiro assumiu a responsabilidade, perante organismos internacionais, de acomodar instalações necessárias e apropriadas à realização de competições de alto nível. Diante da premência de modernizar os atuais complexos desportivos e a infraestrutura de transportes, o Congresso Nacional trouxe a sua pauta de votação a então Medida Provisória nº 507 que foi transformada na Lei nº 12.462 de 2011 e que afastou a incidência da Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 8.666 de 1993, para instituir o Regime de Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A polêmica gerada em torno da aprovação dessa Lei do RDC não se limitou ao aspecto político e doutrinário, de modo que o Poder Judiciário acabou sendo convocado por meio de duas ações diretas de inconstitucionalidade para decidir sobre o caso. Dada a relevância do tema, este trabalho se destina à análise jurídica dos principais argumentos de inconstitucionalidade suscitados nas duas ações constitucionais, e, de alguns pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, envolvendo o controle externo da Administração Pública Federal e relacionados diretamente aos Megaeventos.

* Acadêmica de Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND / UFRJ). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo da UFRJ (GPDA / UFRJ).

* Acadêmico de Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND / UFRJ). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo da UFRJ (GPDA / UFRJ).

PALAVRAS-CHAVE: Licitações e Contratos; Lei nº 12.462/2011; Copa do Mundo de Futebol de 2014 e Olimpíadas de 2016.

ABSTRACT

By hosting two of the world's largest sport events, the 2014 FIFA World Cup and the 2016 Olympic Games, the Brazilian government assumed responsibility, before international organizations, to accommodate the necessary and appropriate facilities to conduct high-level competitions. Due to the urgency of modernizing the current sports complexes and the transport infrastructure, the National Congress promoted an interim voting of the Provisional Measure n. 507, which turned into the Law n. 12.462/2011 that kept away the general rule on public biddings and procurement, the Law n. 8.666/1993, to set the Differential Public Procurement Regime. The created polemics around the Law approval was not restrained on the politic and doctrinaire aspect, so that the Judiciary was summoned to rule on the matter through two Direct Unconstitutionality Actions. Given the relevance of the subject, this paperwork reviews the main points of unconstitutionality proposed by the two constitutional actions and also reviews some statements of Federal Audit Court involving external control of the federal public administration, directly related to great events.

KEYWORDS: Biddings and procurement; Law n. 12.462/2011; 2014 FIFA World Cup and 2016 Olympic Games.

I. Introdução

Em 2009 o Brasil foi escolhido como sede de dois dos maiores eventos esportivos internacionais: a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de Verão de 2016¹. Por conseguinte, para a realização desses Megaeventos seria necessária efetuar numerosas obras de infraestrutura e, com o intuito de evitar obstáculos, dando celeridade às contratações e às suas execuções, é que em 4 de Agosto de 2011 foi sancionada a Lei nº 12.462/2011 que

¹ Toma-se como marco inicial a divulgação de que a cidade do Rio de Janeiro seria sede dos XXXI Jogos Olímpicos de Verão 2016, em 02 de outubro de 2009. Ver <http://www.olympic.org/rio-2016-summer-olympics>, acessado pela última vez 10.02.2014.

“institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998”².

À Medida Provisória nº 527 de 2011³, no decorrer da tramitação no Congresso Nacional para sua conversão na Lei nº 12.462, foram inseridas ao texto encaminhado pelo Poder Executivo algumas disposições de matéria diversa da anterior, instituidoras do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)⁴. Devido a isso, surgiram duas controvérsias centrais: a primeira consistente na inobservância do devido processo legislativo constitucional, uma vez que o RDC não integrava o texto original da MPV nº 527; segundo, porque esse Regime Diferenciado afastaria a incidência da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) para as licitações e contratações das obras de infraestrutura para a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

Logo após a conversão da MPV nº 527 na Lei nº 12.462, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal, questionando aspectos formal e material da lei. A ADI nº 4645 foi ajuizada por Partidos Políticos (PSDB, DEM, PPS) e a ADI nº 4655 pelo Procurador Geral da República. Em análise ao trâmite processual dessas ações constatou-se que até meados de Fevereiro de 2014 não houve pronunciamento judicial definitivo, impossibilitando, portanto, a abordagem do posicionamento do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário. No entanto, nada obsta o estudo dos argumentos expostos nas ações constitucionais. Na verdade, é exatamente esse o motivo que torna a discussão mais interessante e valiosa, pois ainda encontra-se em formação a consciência e opinião públicas acerca do tema, além do que

² Ementa da Lei nº 12.462/2011.

³ Medida Provisória que organizava a Presidência e seus Ministérios, criava a Secretaria de Aviação Civil, alterava a lei da ANAC e INFRAERO e demais questões pertinentes ao controle de tráfego aéreo.

⁴ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495378>> Acessado em 10.02.2014.

a pretensão deste estudo é fazer reflexões, contribuindo ao debate, (re)pensando o direito.

Assim, este trabalho pretende abordar (i) de início e brevemente a alegação de inconstitucionalidade formal quando da Conversão em Lei da MPV nº 527 na Lei do RDC no Congresso Nacional; (ii) posteriormente, analisar as inconstitucionalidades materiais aduzidas nas ADIs, como a questão da *contratação integrada*; (iii) além de expor como o Tribunal de Contas da União (TCU) tem decidido a respeito do tema⁵; (iv) para então concluir o trabalho.

II. Da alegação de violação ao *Devido Processo Legislativo*

A ADI nº 4655⁶ ajuizada pelo Procurador Geral da República foi distribuída por prevenção ao ministro Luiz Fux, uma vez que ele recebeu a primeira ação ajuizada contra o Regime Diferenciado de Contratações Públicas no Supremo Tribunal Federal, a ADI nº 4645⁷. Em ambas as ações constitucionais argumenta-se a inobservância do devido processo legislativo constitucional (artigos 59 e 62 da CRFB), devido à inclusão de disposições sem qualquer correspondência com o texto originário da MPV nº 527, posto que o RDC foi introduzido quando já tramitava na Câmara dos Deputados⁸, sendo a emenda relativa à outra matéria que não a da MPV. Também por causa disso, na ADI nº 4655 o Procurador Geral da República vai além e defende que há violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB⁹), visto que a Medida Provisória é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, “*a quem compete decidir, também com exclusividade, quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio*”¹⁰.

Conforme artigo 62, §12 da CRFB¹¹ que trata das medidas provisórias, é possível haver emendas parlamentares, pois é prerrogativa inerente à função legislativa

⁵ Segundo os artigos 70 e 71 da CRFB, o Tribunal de Contas da União possui a função de auxiliar o Congresso Nacional na missão de exercer o controle externo da Administração Pública federal, realizando a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

⁶ STF, ADI nº 4655 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

⁷ STF, ADI nº 4645 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

⁸ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495378>> Acessado em 10.02.2014.

⁹ Art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹⁰ STF, ADI nº 4655 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

¹¹ Art. 62. “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

o poder de emendar, isto é, introduzir elementos novos no projeto de lei, desde que não mude sua substância, guardando afinidade lógica (relação de pertinência) com o texto originário¹²⁻¹³. Ensina Gilmar Mendes que

*“a medida provisória pode ser emendada no Congresso, não mais perdurando a proibição nesse sentido que havia no regime do decreto-lei, na ordem constitucional pretérita. As emendas apresentadas devem, porém, guardar pertinência temática com o objeto da medida provisória, sob pena de indeferimento”*¹⁴.

Inclusive, a Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional dispõe no §4º do artigo 4º que *“é vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”*¹⁵.

Portanto, a alegação de inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011 possui robustos argumentos, posto que na tramitação da MPV nº 527 não há como estabelecer qualquer pertinência temática entre normas de organização da estrutura administrativa do Poder Executivo Federal e normas de licitações e contratos em regime diferenciado.

III. Da escolha do Regime Jurídico de Licitação

Pois bem, ultrapassada a alegação de inconstitucionalidade formal, parte-se para a primeira inconstitucionalidade material suscitada, qual seja, a prevista nos artigos 1º,

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”.

¹² STF, ADI 2681 / RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.10.2013. “Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar - que é inerente à atividade legislativa -, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência (“afinidade lógica”) com o objeto da proposição legislativa.”

¹³ STF, ADI 1304 / SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 16.04.2004. “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Matéria de Iniciativa do Poder Executivo. Emenda Parlamentar. Aumento de Despesa. Impossibilidade. Observância do Modelo Federal. As matérias reservadas à iniciativa do Poder Executivo somente podem ser objeto de emenda na hipótese de não representarem aumento de despesas. Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 884 e 885.

¹⁵ <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.pdf>> Acessado em 10.02.2014.

incisos I e II, e 65 da Lei 12.462/2011¹⁶, que delegam ao Poder Executivo a escolha do Regime Jurídico de Licitação aplicável: se a Lei nº 8.666/1993 ou se a Lei do RDC.

Defende-se nas ADIs que há violação ao artigo 37 *caput* (princípio da legalidade) e inciso XXI da CRFB¹⁷. A crítica reside no fato de que a redação dos dispositivos são plásticas e imprecisas, garantindo ampla autonomia (i) no caso do inciso I (c/c artigo 65) para a *Autoridade Pública Olímpica*¹⁸ determinar a Carteira de Projetos Olímpicos, e (ii) no caso do inciso II, para o Poder Executivo, por meio do *Grupo Executivo da Copa do Mundo* (GECOPA 2014), determinar licitação ou contratação necessária ao evento ali previsto.

Ressalvado o caso das obras públicas ligadas à *matriz de responsabilidades*¹⁹, prevista no artigo 1º, inciso II da Lei do RDC, não há, naqueles dispositivos, qualquer baliza legal sobre quais projetos de obras e compras estão abrangidos pelo regime, já que é a própria Administração que dirá quando está diante de um contrato ou licitação sob a incidência do RDC. O que se tem criticado pelas ADIs é que não há qualquer limitação ao exercício dessa competência administrativa, já que a simples ligação do

¹⁶ 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”.

Art. 65. “Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço”.

¹⁷ 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”.

¹⁸ A Autoridade Pública Olímpica é formada por meio de Consórcio Público, que assume a forma de autarquia em regime especial, entre os Estados, Municípios e a União nas localidades onde os eventos serão realizados.

¹⁹ Neste caso as obras públicas devem estar definidas pela matriz de responsabilidades que é um documento celebrado entre União, Estados e Municípios para a execução de medidas conjuntas e projetos para a realização da Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014. <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/brasilecopa/sobreacopa/matriz-responsabilidades>> Acessado em 10.02.2014.

objeto da licitação ou contratação aos eventos do artigo 1º desse diploma legal concede ao administrador o poder de decisão acerca da conveniência de se utilizar do RDC.

De fato, causa surpresa que esse poder caiba à Administração Pública, ao invés de sê-lo determinado por lei, contrariando diretamente o princípio da legalidade e o artigo 37, inciso XXI da CRFB, além do que, parece imprudente deixar a cargo do órgão público determinar regras que limitem o seu próprio atuar. Nas palavras do Procurador Geral da República na ADI nº 4655 outorga-se “*desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo*”²⁰.

IV. Da Derrogação das Normas da Lei nº 8.666/1993²¹

Diferentemente dos particulares que possuem liberdade para adquirir, alienar, locar, doar e contratar a execução de obras ou serviços, a Administração Pública, para fazê-lo, necessita adotar o procedimento licitatório, conforme previsão constitucional no artigo 37, inciso XXI²². Assim, não fica a critério exclusivo do administrador “*a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, é fácil prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares*”²³. Percebe-se, pois, que a licitação é a regra, somente admitindo-se as exceções que estão previstas em lei.

Contudo, o §2º do artigo 1º da Lei do RDC²⁴, ao preceituar que a adoção do RDC resultará no afastamento das normas da Lei nº 8.666/1993, a nosso sentir parece inadequado que haja essa exclusão pela Lei do RDC. A Lei nº 8.666/1993 é o Estatuto Geral de Licitações e Contratações, que possui previsão constitucional nos artigos 22, XXVII²⁵ e 37, XXI da CRFB. Na ADI nº 4655 defende o Procurador Geral da

²⁰ STF, ADI nº 4655 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

²¹ A expressão título deste tópico foi utilizada primeiramente por Wallace Paiva MARTINS JUNIOR em seu artigo intitulado *Regime Diferenciado de Contratação Pública*. Disponível em <<http://www.mpsp.mp.br/.../4-18-08%20-%20tarde%20-%20plen%C3%A1ria%20-%20I...%E2%80%8E>> Acessado pela última vez em 10.02.2014.

²² Esse artigo consubstancia no princípio da obrigatoriedade de licitação.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233.

²⁴ Art. 1º “É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

²⁵ Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

República a inconstitucionalidade do dispositivo, argumentando que “o novo regime de licitação previsto na Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, não está de acordo com os valores constitucionais aplicáveis às contratações públicas”²⁶.

Conforme o artigo 22, inciso XXVII da CRFB, é de competência privativa da União legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação à Administração direta, autárquica e fundacional de todos os entes da Federação, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III. Grande debate doutrinário e jurisprudencial já foi travado acerca do termo *normas gerais* e até os dias atuais não há consenso; inclusive Carlos Velloso, ex-ministro do STF, tentou definir sua extensão no julgamento da ADI nº 927-3 / RS e assim concluiu: “penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’ tal como posta na Constituição tem o sentido de diretriz, de princípio geral”²⁷.

Alguns entendem que o resultado não é satisfatório²⁸⁻²⁹ e continuam a responsabilizar a Lei nº 8.666/1993 por dificuldades na gestão da atividade administrativa, dado que a Administração não conseguiria obter a agilidade imprescindível à eficiência na gestão da coisa pública³⁰⁻³¹.

À luz de tais discussões, questiona-se se a Lei nº 12.462/2011 é composta de *normas gerais*, uma vez que se destina somente às licitações e contratações necessárias aos Megaeventos, isto é, nas localidades onde serão realizados os eventos. Portanto, em não se tratando de *normas gerais*, isto é, a todos os entes da federação, desprovida de competência está a União para editar normas destinadas aos Estados e Municípios.

Além disso, observa muito bem Renato Monteiro de Rezende que

“mesmo que as novas regras fossem dirigidas exclusivamente à administração pública federal, somente poderiam ser reputadas válidas se compatíveis com as normas gerais presentes na Lei nº 8.666, de 1993. E o que faz a Lei? Pura e simplesmente autoriza seja afastada a aplicação da Lei Geral de Licitações. É de clareza solar que o legislador de cada ente, ao editar normas

²⁶ STF, ADI nº 4655 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

²⁷ STF, ADI nº 927-3 / RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.11.1993. No mesmo sentido tem-se RE nº 547.063-6 / RJ e RE nº 423.560 / MG.

²⁸ STF, ADI nº 3670 / DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02.04.2007. O ex-ministro Carlos Britto discordou da categorização de *normas gerais* proposta pelo ex-ministro Carlos Velloso.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 14.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem.*, p. 15.

³¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Op. Cit.*

específicas sobre licitações e contratos, deva observar a Lei Geral. Não fosse assim, a Lei Geral seria um nada jurídico, contornável ao mero talante do legislador de cada ente federado”³².

V. Da Contratação Integrada³³

Ainda nesta esteira de violação ao artigo 37, *caput* e inciso XXI da CRFB, as ADIs reputam inconstitucionais os artigos 2º, § único, inciso V, o 8º, inciso V e § 5º, o 9º e o artigo 36, § 1º da Lei do RDC³⁴. Desse modo, a inconstitucionalidade residiria no fato de que a *contratação integrada* viola a igualdade, a publicidade e a probidade administrativa, já que concentra o projeto básico, o projeto executivo e a execução da obra em apenas um único processo licitatório.

Conforme dispõe o artigo 7º, § 2º da Lei 8.666/1993 a abertura de licitação para obras e serviços somente ocorrerá quando “*houver projeto básico aprovado pela autoridade competente*”³⁵. A falta de projeto básico leva a exigências impertinentes, mal

³² REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>> Acessado pela última vez em 10.02.2014.

³³ O artigo 9º, § 1º da Lei nº 12.462 explica o que é a *contratação integrada*: “A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

³⁴ Art. 2º “Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:

V - subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada”.

Art. 8º “Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

V - contratação integrada.

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”.

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

Art. 36. “É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo no caso das contratações integradas”.

³⁵ Art. 7º “As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

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

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

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

avaliadas ou sobrelevadas, comprometendo o objetivo da licitação que é a eleição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Além do que impede a determinação exata do objeto a ser licitado, levando, na maior parte dos casos, ao desequilíbrio da relação contratual em desfavor do erário público.

É evidente que diante de uma situação como esta, na qual o licitante não sabe ao certo, por exemplo, quais são as características do terreno, qual o material que será empregado e a mão-de-obra necessária para a entrega do objeto contratado, o preço da obra ou serviço não poderá ser estimado de maneira realmente detalhada³⁶. Ademais, há o dado risco de má-fé ou de incapacidade técnica do contratado durante a elaboração do projeto básico, com a imposição de condições especiais que o beneficiem ou elevem o custo da obra ou serviço durante a sua execução, causando álea irrefreável ao reequilíbrio econômico financeiro³⁷.

Nesse prisma, é que a Lei nº 8.666/1993 no seu artigo 9º estabelece que o autor do projeto básico “*não pode participar direta ou indiretamente da licitação ou execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a ele necessários*”. O artigo 36 da própria Lei nº 12.462/2011 surpreendentemente acaba adotando o mesmo entendimento, contudo, o § 1º deste mesmo artigo vem logo em seguida excepcionando a hipótese de empreitada integral e contratação integrada.

Além do viés do alto custo da obra, a ADI nº 4645 frisa que, quando do julgamento das propostas, o licitante precisará apenas apresentar o anteprojeto, o que levará a omissão de informações relevantes, como as “*soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar as necessidades de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagens*”³⁸ e a “*identificação dos tipos de serviços a executar*”

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso”.

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 162 e 163.

³⁷ Como se pode constatar em diversas decisões do TCU:

TCU, Processo nº 015.183/2003-0, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, DOU 28.11.2003.

TCU, Processo nº 011.030./2003-2, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU 03.10.2003.

TCU, Processo nº 003.602/2001-0, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 26.05.2003.

TCU, Processo nº 007.313/2002-3, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 28.11.2003.

TCU, Processo nº 005.774/2003-0, Min. Rel. Adylson Motta, DOU 15.09.2003.

TCU, Processo nº 003.236/94-3, Rel. Min. Paulo Affonso Martins, DOU 30.10.1996.

³⁸ Art. 6º, inciso IX, ‘b’ da Lei nº 8.666/1993.

e de materiais e equipamentos a incorporar a obra, bem como as suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento”³⁹.

Ou seja, não haverá, portanto, como se prever se a proposta do anteprojeto será equivalente ao bem ou serviço a ser entregue, o que pode prejudicar o julgamento objetivo das propostas, criando uma enorme subjetividade no momento de escolher a melhor oferta. Aduzem os Partidos Políticos na ADI nº 4645 que “*a fiscalização prévia e concomitante à execução será impossível de ser realizada. Não se sabe qual foi o objeto efetivamente contratado a partir do processo licitatório*”⁴⁰.

VI. Da Remuneração Variável

Na ADI nº 4645 também é suscitada a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 12.462/2011⁴¹, confrontando-o aos princípios da moralidade e da impessoalidade previstos no *caput* do artigo 37 da CRFB. O princípio da moralidade “*exige que o administrador se pautar por conceitos éticos*”⁴², já o princípio da impessoalidade significa que a Administração Pública está obrigada a observar critérios objetivos previamente estabelecidos em suas decisões, afastando a discricionariedade e o subjetivismo nas licitações.

Questiona-se que o gestor defina quais os valores a serem pagos ao contratado pela Administração, na medida em que a Lei estabelece uma remuneração variável ao contratado com base no desempenho, em critérios de sustentabilidade ambiental, atendimento aos prazos e qualidade do serviço prestado. Os Partidos Políticos alegam que este mecanismo ao invés de estimular a eficiência dos contratos, “*fomentará relações promíscuas entre o público e o privado*”⁴³, sustentando que tais elementos inerentes ao poder discricionário não devem integrar o processo licitatório, como propõe a Lei do RDC.

³⁹ Art. 6º, inciso IX, ‘c’ da Lei nº 8.666/1993.

⁴⁰ STF, ADI nº 4645 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

⁴¹ Art. 10. “Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

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

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 206.

⁴³ STF, ADI nº 4645 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

VII. Da *Dispensa de Publicação em Diário Oficial*

Há que se atentar para o disposto do artigo 15, § 2º da Lei 12.462/2011⁴⁴ que dispensa a exigência de publicação em Diário Oficial (DO) nas licitações em que o valor não ultrapasse os R\$ 150.000,00. Pelo princípio da publicidade, é exigido que a Administração Pública anuncie “*com antecedência e pelos meios previstos na lei, além de outros que ampliem a divulgação, que realizará a licitação e que todos os atos a ele pertinentes serão acessíveis aos interessados*”⁴⁵.

Na ADI nº 4645 argumenta-se que a falta de publicação em DO implicaria em cerceamento à transparência pública e ao controle dos atos do Poder Público, dificultando a fiscalização imediata e ulterior realizada pelas instituições sociais. E, mesmo que a lei reserve outro meio de divulgação em sitio virtual oficial, as publicações impressas ainda são estáveis e oferecem registro mais seguro para a posteridade, isto porque, a Imprensa Oficial cumpre o papel de repositório permanente dos registros dos atos estatais desde a data de sua criação, ao contrário da rede mundial de computadores aonde as informações não têm nenhum registro periódico e que propicie segurança⁴⁶.

Excetuando-se os casos que possuem previsão constitucional (por exemplo, quando houver risco de violação à segurança da sociedade ou do Estado, ou da preservação da intimidade)⁴⁷, a publicidade deve ocorrer da maneira mais ampla possível. Além do que, não há razão prática ou justificativa para que o legislador dispense a publicidade de certos atos administrativos, conforme o valor empenhado em sua realização.

A ADI em questão também alega outra violação ao princípio da publicidade, desta vez pelo artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.462/2011. Contudo, há certa controvérsia, uma vez que a Administração já se manifestou no sentido de que, neste caso, o sigilo no valor do orçamento garantiria a eficácia e o caráter competitivo do certame, evitando a formação de cartéis entre licitantes e a elevação de preços. Aqui deve haver ponderação.

⁴⁴ Art. 15 “Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado(...)”

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

⁴⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 62.

⁴⁶ STF, ADI nº 4645 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 823.

Segundo Renato Monteiro de Rezende, a justificativa acima apontada poderia funcionar como estratégia “no mundo onde não haja agentes públicos corruptos”. Contudo, no que ele chama de “mundo real”, essa ideia pode não surtir os efeitos desejados nos casos em que “*houver corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas*” ou em que “*competidores poderiam se recusar a abaixar o preço de suas ofertas*”. Este segundo caso obrigaria à Administração ou a realizar nova licitação ou “*a negociar com o autor da melhor proposta a sua redução até que essa alcançasse o valor orçado*”⁴⁸.

VIII. Da Pré-qualificação Permanente

Os artigos 29, inciso I e 30 da Lei do RDC⁴⁹ trazem a lume a possibilidade de *pré-qualificação permanente* de interessados nos certames licitatórios. Conforme ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello a “*pré-qualificação é uma prévia operação seletiva dos interessados em dado certame ou certames a serem instaurados. Efetua-se fora da licitação*”⁵⁰.

A Lei nº 8.666/1993 no artigo 114⁵¹ prevê esse procedimento de pré-qualificação nas concorrências. Todavia, conforme aponta o Procurador Geral da República na ADI nº 4655, o TCU já se manifestou de maneira contrária ao procedimento de pré-qualificação no Acórdão 807/2008, pois entendeu que “*as vantagens advindas desse procedimento não compensam os riscos potenciais inerentes a eles*”⁵². De fato, o procedimento de pré-qualificação frustra o caráter competitivo do processo licitatório, já que inabilita aqueles que não foram qualificados previamente.

A situação fática é a de que, se mal empregado o referido mecanismo de seleção, podem vir a ocorrer inúmeras irregularidades como, por exemplo, o direcionamento de certames ou um acordo entre participantes. E, tendo em conta a previsão desse

⁴⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. Idem.

⁴⁹ Art. 29. “São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I - pré-qualificação permanente”.

Art. 30. “Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar”.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 532. p. 606.

⁵¹ Art. 114. “O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação”.

⁵² STF, ADI nº 4655 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Acessado em diversas datas.

procedimento na Lei nº 12.462/2011, como o próprio Procurador Geral da República aduz, verifica-se que não há nenhum caráter de excepcionalidade quanto à utilização da pré-qualificação, afastando totalmente, a incidência da norma geral de licitações, em desconformidade com o artigo 37, XXI da CRFB.

IX. Da mitigação da *Legislação Ambiental*

Por fim, tem-se a apontada inconstitucionalidade dos artigos 4º, §1º e inciso II, §2º, e, 14, § único, inciso II da Lei do RDC, visto que haveria afronta aos artigos 215, 216 e 225, inciso IV da CRFB⁵³. Ao que parece a Lei do RDC atenua as exigências do procedimento de licenciamento ambiental com a possibilidade de mitigação por condicionantes e compensação ambiental no que se refere ao impacto negativo das obras no meio ambiente.

O *caput* do artigo 225 da CR/88 prevê que “*todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial e a sadia qualidade de vida*”. José dos Santos Carvalho Filho ensina que os bens de uso comum do povo “*são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos (...) Nesta categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade(...). Aqui o que prevalece é a **destinação pública** no sentido da sua utilização efetiva pelos membros da comunidade*⁵⁴”. (grifo nosso)

É por este motivo que a Constituição incumbe ao Poder Público o dever de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações. E, em sendo assim, parece um contra senso que o próprio Poder Público responsável pela preservação do meio ambiente possa mitigar esta proteção por intermédio da compensação. Citando o julgamento da ADI nº 3540⁵⁵, o Procurador Geral da República na ADI nº 4655 demonstra que o precedente na Corte é o de que nenhum interesse ou atividade econômica sujeita o meio ambiente à degradação, sendo necessário o equilíbrio entre estes dois fatores.

Também alega que o instrumento constitucional adequado para medir os potenciais riscos de dano, verificando a possibilidade de realização da obra, é o estudo

⁵³ Art. 215. “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem”.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 1129.

⁵⁵ STF, ADI nº 3540 / DF, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

de impacto ambiental previsto no artigo 225, §1º, IV da CRFB⁵⁶, e regulado pela legislação infraconstitucional que define o regime de licenciamento ambiental.

Diante disso, percebe-se que os dispositivos legais não podem propor uma solução adversa na qual o meio ambiente e o patrimônio cultural se adequam à realização da obra ou atividade, devendo ser dirigidos exatamente no sentido contrário.

X. Decisões do TCU envolvendo a Lei do RDC

Nesta parte do trabalho é importante analisar algumas decisões do Tribunal de Contas da União, isso porque, como órgão responsável pelo exercício do controle externo da Administração Pública Federal, faz o exame da legalidade, legitimidade e economicidade dos projetos, acompanhando e fiscalizando a correta aplicação dos recursos federais destinados à preparação dos eventos esportivos⁵⁷⁻⁵⁸.

*“9. O Relatório de Levantamento apontou os principais riscos do processo de governança dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos 2016. A **inexistência de informações** quanto aos prazos, aos valores e às responsabilidades dos projetos essenciais à realização dos Jogos; a não publicação da Matriz de Responsabilidade; a indefinição quanto à utilização do legado olímpico e os possíveis riscos quanto aos controles orçamentários e financeiros relativos ao déficit na organização dos Jogos, foram apontados como os pontos mais preocupantes. (...)*

*32. Outro aspecto ressaltado no Relatório, relacionado ao empreendimento como um todo, é a **discrepância verificada entre os valores originalmente previstos no Dossiê de Candidatura, mesmo com a atualização monetária, e as estimativas mais recentes, o que denota uma falha nos estudos preliminares.** No caso de Deodoro, o valor estimado no Dossiê, atualizado pelo INCC para janeiro de 2013, conforme documento do Ministério do Esporte, corresponde a R\$ 454.303.010,73, considerando-se complexo esportivo e legado urbano, enquanto a estimativa realizada pelo IAB/RJ para subsidiar o orçamento-base dos projetos indicou um valor estimado superior a R\$ 1 bilhão, ou seja, o valor inicialmente estimado mais do que duplicou.”⁵⁹ (grifo nosso)*

⁵⁶ Art. 225 “§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

⁵⁷ <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/copa2014/tcu_copa> Acessado em 10.02.2014.

⁵⁸ <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2598267.PDF>> Acessado em 10.02.2014.

⁵⁹ TCU, Processo 032.632/2013-4, Min. Rel. Aroldo Cedraz, DOU 04.12.2013.

A primeira decisão trazida evidencia a (des)organização do governo brasileiro em dar cumprimento às obras necessárias aos Megaeventos. A ausência de informações fundamentais às licitações e contratações, como prazos, valores e responsabilidades fere frontalmente a Constituição Brasileira e a Lei nº 8.666/1993.

Também se percebe que a exigência de *Projeto Básico* pela Lei Geral (artigo 7º, §2º, inciso I) não é descabida, pois em caso de deficiência, há necessidade de revisões de projetos, o que pode gerar, muitas vezes, o desequilíbrio da relação contratual em desfavor do erário público. Na decisão acima, o valor do Complexo Esportivo em Deodoro saltou dos 454 milhões para 1 bilhão.

“9. A preocupação com o andamento das obras de mobilidade urbana já foi objeto de deliberações desta Corte de Contas (...) c) tendo em vista (...) eventual utilização indevida do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011), em razão da adoção de previsões legais adstritas à Copa 2014 para financiamentos de obras de mobilidade urbana que não venham a beneficiar efetivamente o evento, dar ciência da decisão (...)

Como já expus em outras oportunidades, o temor é que essas intervenções, se realizadas às pressas, baseiem-se em projetos sem o devido amadurecimento quanto ao seu detalhamento técnico; e mesmo quanto a sua viabilidade.

Preocupa-me o risco de conceber uma herança que não corresponda às reais necessidades da população ao término dos jogos. Em se tratando do que considero ser o principal legado para a população, faz-se fundamental que as intervenções sejam realizadas dentro de um prévio, amplo e necessário planejamento urbano.

Não se trata, simplesmente, de obras para a Copa, mas sim de intervenções necessárias que somente foram antecipadas em razão da Copa. Construções a serem terminadas às pressas podem dar margem a aditivos e dispensas de licitação, justificados por supostas urgências em face de razões alegadamente não conhecidas. Ou ainda, o ônus, pelos cofres da União, de providências não tomadas pelos parceiros estaduais ou municipais, como ocorreu nos jogos Pan-americanos.”⁶⁰ (grifo nosso)

Nesta decisão o primeiro problema exposto é quanto à utilização indevida do RDC, já que a redação dos dispositivos da Lei nº 12.462/2011 garante ampla autonomia à Administração para a escolha do Regime Jurídico de Licitação. Assim, basta alegar que a obra se destina aos Megaeventos para que qualquer administrador público (na

⁶⁰ TCU, Processo 010.765/2010-7, Min. Rel. Valmir Campelo, DOU 10.05.2012.

região onde os eventos se realizarão) possa se utilizar do RDC, como demonstrado no caso em tela em que a obra de mobilidade urbana alegada não beneficiaria ao evento.

Mas o TCU também apresenta outras preocupações, igualmente sérias: a falta de planejamento e a maneira apressada com que as obras têm sido realizadas. Em ambos os casos há o risco de encarecimento das obras e mais, na eventualidade delas não serem concluídas a tempo, o RDC não poderá ser empregado, pois a Lei nº 12.462/2011, em seu artigo 1º, institui um regime excepcional de contratação, o qual está adstrito às obras para a Copa do Mundo e para as Olimpíadas.

“Trata-se portanto de auditoria em processo de relevante inovação no âmbito das contratações públicas, sendo a primeira experiência da Infraero com o regime de contratação integrada de que trata a Lei 12.462/2011 (...)

*A aplicação do regime de **contratação integrada** para obras comuns **implica grave risco de se contratar serviços ordinários por preços superiores aos de mercado**, nos quais as empresas embutiriam diversos elementos de risco por desconhecimento dos detalhes do objeto. Não seria, assim, a opção mais vantajosa para a Administração. Considerando essas premissas e aliado ao que determinam os **arts. 9º e 20, § 1º, da Lei 12.462/2011**, considera-se que a utilização da contratação integrada deve se restringir às obras que demandem diferentes metodologias/tecnologias de domínio restrito no mercado, como fator preponderante para a finalidade da licitação e para a caracterização do objeto, o que não pode ser observado no caso analisado.”⁶¹* (grifo nosso)

Neste último acórdão, o TCU teve que decidir se a *contratação integrada* constitui ou não uma faculdade da Administração. O Tribunal destaca o risco de encarecimento no custo da obra ou serviço, o que compromete o objetivo da licitação que é a eleição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acertadamente, a Corte decidiu que a adoção do novo regime de execução constitui *ato vinculado* do administrador, não se aplicando o regime para licitação de qualquer obra ou serviço, mas somente para aqueles previstos no artigo 20 da Lei nº 12.462/2011⁶².

⁶¹ TCU, Processo 043.815/2012-0, Min. Rel. Valmir Campelo, DOU 19.06.2013.

⁶² Art. 20. “No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório”.

XI. Considerações Finais

Ao argumento de que iria “*ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes*”⁶³, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído em meio a fortes críticas. Inserido na Medida Provisória nº 527 de 2011 que originariamente tratava da organização do Poder Executivo Federal, hoje, convertida na Lei nº 12.462/2011, ainda está sendo objeto de reflexão. A doutrina e jurisprudência são enfáticas: o poder de emendar é inerente à função legislativa ressaltando, contudo, a necessidade de *pertinência temática* para que se preencham os requisitos formais de validade na conversão de Medidas Provisórias em Leis.

Quanto ao conteúdo da Lei nº 12.462/2011, os questionamentos são os mais diversos possíveis, indo desde a possibilidade de *contratação integrada* à mitigação da proteção ambiental, destacando-se ainda as críticas ao procedimento de pré-qualificação permanente, remuneração variável e a dispensa de publicação em DO. Em suma, há diversos pontos controvertidos na Lei do RDC que levam a alegações de violação aos princípios da legalidade, probidade, impessoalidade e publicidade previstos no *caput* do art. 37 da CRFB e ao devido processo legislativo constitucional.

E, mesmo sob o risco de causar lesões aos direitos resguardados na Constituição da República, a Administração almeja expandir o novo Regime de Contratações, como se evidencia na notícia publicada pelo sítio eletrônico do Senado Federal⁶⁴ no dia 30.12.2013. Segundo a reportagem, o Congresso Nacional irá analisar em 2014 a Medida Provisória nº 630/2013 que estendeu a possibilidade de utilização do RDC para acelerar a realização de obras no Sistema Prisional. A justificativa apresentada pela ministra-chefe da Casa Civil, Gleisi Hoffmann, é a de que as obras para construção de presídios estão muito atrasadas, embora tenha havido repasse de dinheiro aos Estados⁶⁵.

Outra questão que se coloca aqui é a situação do Projeto de Lei (PL) buscando a reformulação do procedimento para licitações e contratações públicas no país, que já tramita pelo Senado. Muito se tem criticado quanto à demora na aprovação de um texto que seja mais exequível e condizente com os anseios tanto da Administração como de seus administrados.

⁶³ Art. 1º, § 1º, inciso I da Lei nº 12.462/2011.

⁶⁴ <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/30/congresso-vai-examinar-em-2014-mp-que-pode-acelerar-construcao-e-reforma-de-presidios>> Acessado em: 10.02.2014.

⁶⁵ Notícia publicada no dia 26.12.2013 pelo jornal Folha de São Paulo. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1390078-governo-muda-regra-para-acelerar-obras-em-prisoes.shtml>> Acessado em: 10.02.2014.

Somente no final do ano de 2013 é que a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado aprovou o PL⁶⁶ para reforma da Lei nº 8.666/1993. Conforme notícia publicada no dia 12.12.2013 no sítio eletrônico do Senado⁶⁷, o PL ainda tramitará por todas as comissões permanentes do Senado em 2014 até que seja encaminhado ao Congresso Nacional para aprovação, o que somente demonstra que a Administração Pública deve continuar adotando medidas excepcionais enquanto regra padrão (já que não se aprova nova lei, vai se expandindo o RDC).

É claro que o direito deve acompanhar as mudanças sociais, se adaptando às necessidades. Contudo, é preciso que tais transformações sejam graduais, se adequando na medida do possível ao conjunto já estabelecido. Evita-se, assim, que sob o argumento de simplificar os procedimentos, aumentar a eficiência e melhorar a gestão do desempenho na Administração Pública, disposições constitucionais possam ser ignoradas. A crítica fundamental consiste na impossibilidade de resolver uma situação que perdura anos, alguns meses antes de eventos ou compromissos oficiais.

XII. Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. *Iniciação à pesquisa no Direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Regime Diferenciado de Contratação Pública*. Disponível em <<http://www.mpsp.mp.br/.../4-18-08%20-%20tarde%20-%20plen%C3%A1ria%20-%201...%E2%80%8E>>. Acessado em diversas datas, entre os meses de janeiro e fevereiro de 2014.

⁶⁶ <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/12/leia-a-integra-do-relatorio-final>> Acessado em: 10.02.2014.

⁶⁷ <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>> Acessado em: 10.02.2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acessado em diversas datas em de fevereiro de 2014.

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/12/leia-a-integra-do-relatorio-final>>. Acessado em 10.02.2014.

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/30/congresso-vai-examinar-em-2014-mp-que-pode-acelerar-construcao-e-reforma-de-presidios>>. Acessado em: 10.02.2014.

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>>. Acessado em: 10.02.2014.

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1390078-governo-muda-regra-para-acelerar-obras-em-prisoas.shtml>>. Acessado em: 19/02/2014.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-norma-atualizada-pl.pdf>> Acessado em 10.02.2014.

<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaLivre>>. Acessado em diversas datas, entre os meses de janeiro e fevereiro de 2014.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acessado em diversas datas, entre os meses de janeiro e fevereiro de 2014.