

ANÁLISE DA LEI 12.462/11 QUE INSTITUIU O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: Reflexão acerca da violação de Princípios Constitucionais.

Ronaldo Alencar dos Santos¹

Jéssica Thaís Nascimento Santos Rufino²

RESUMO

A famigerada Lei nº 8.666, de 1993, que instituiu normas gerais para licitações e contratos administrativos, é usualmente criticada sob variados argumentos, dentre eles o mais usual, de que com seu grande número de prescrições burocráticas, seria incapaz de conferir agilidade ao processo licitatório. Arguindo urgência na criação de novas regras para as licitações e contratos imprescindíveis à construção de infraestruturas para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.462, de 2011, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O Poder Legislativo Federal optou por criar regulação específica, que permite seja afastada a incidência da Lei nº 8.666, de 1993, das licitações e contratos vinculados àqueles eventos desportivos, ao invés de utilizar a Lei já existente. Porém, sob os cânones de um Estado de Direito é dever da Administração Pública o acolhimento dos princípios inerentes ao Regime Jurídico Administrativo, desta forma, o escopo deste trabalho é analisar a flagrante incompatibilidade material da Lei citada com os princípios constitucionais, no que se refere às alterações promulgadas em relação às licitações com o procedimento RDC.

PALAVRAS-CHAVE: Regime diferenciado de Contratações, incompatibilidade, Princípios Constitucionais.

1 Docente do curso de Direito da UNI-RN, em nível de doutoramento; Mestre em Direito Constitucional pela UFRN; Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Especialista em Teoria Psicanalítica Freud-Lacaniana; ronaldo_alencar@hotmail.com.

2 Aluna regular do Curso de Direito da UNI-RN; jessicatnsrufino@hotmail.com

ABSTRACT

The notorious Law no. 8,666 , 1993, general rules for bidding and administrative contracts, and usually criticized under varied arguments, among them the more usual, that with its large number of bureaucratic requirements, would be unable to give agility to the auction process. Claiming urgency in the creation of new rules for bids and contracts are vital to the construction of infrastructure for the World Cup of 2014 and for the Olympic in 2016, the National Congress approved Law no. 12,462 , 2011, that creates the differentiated system of Government Procurement (DRC).The Legislative Power Federal chose to create specific adjustment, which allows you to be away from the incidence of Law no. 8,666 , 1993, the bids and contracts tied those sporting events, instead of using the law already exists. However, under the canons of the Rule of Law is the duty of Public Administration the acceptance of the principles inherent in the System Administrative Law, in this way, the scope of this paper is to analyze the flagrant incompatibility material of the law cited with the constitutional principles, as regards the amendments promulgated in relation to bidding with the procedure DRC.

KEY WORDS: Differentiated System of hiring, incompatibility, Constitutional Principles.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento público que o Brasil está em processo de organização e estruturação visando os jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e a Copa do Mundo de futebol de 2014.

É de fácil percepção pois, que tais eventos demandarão uma maior rapidez no que tange ao processo licitatório a realização dos contratos, portanto, em 4 de agosto de 2011, foi sancionada a Lei nº 12.462, que 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.

Tal Lei é resultado da conversão da Medida Provisória (MPV) nº 527, de 2011, cujos 18 artigos originais limitavam-se a criar a Secretaria de Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, e a autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo.

Durante a tramitação da MPV na Câmara dos Deputados, foi apresentado projeto de lei de conversão que acrescentou ao texto original um conjunto de disposições sem correlação com ele, destinadas a reger as licitações e contratos necessários à Copa do Mundo de Futebol de 2014 e às Olimpíadas de 2016. O texto sancionado pela Presidente da República, permite excluir a aplicação, naquelas licitações e contratos, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei Geral de Licitações e Contratos.

Se faz mister analisarmos ainda que, mesmo que concordemos com os benefícios trazidos pela Lei em questão, principalmente no que concerne à celeridade dos contratos e licitações, não pode esta ser considerada constitucional, uma vez que no que tange à efetivação dos princípios inerentes ao procedimento administrativo da licitação percebe-se que há evidente incompatibilidade entre os direcionamentos da nova Lei e os ditames constitucionais da igualdade, publicidade, moralidade e contraditório/ampla defesa.

Porém, ao analisarmos tais dispositivos trazidos pela nova Lei verifica-se uma possível incompatibilidade com os princípios constitucionais, de modo que constatamos um problema: os arts. 1º, 2º, 6º caput e §3º, 8º, 15, §2º e 30 afrontam diretamente os princípios da moralidade e da publicidade e isonomia; já o arts. 27, deixa de garantir o princípio do contraditório e ampla defesa aos licitantes. Importante se faz, pois, nos questionar se, ainda que mais célere, não será inconstitucional este procedimento ao ferir estes princípios constitucionais?

Por fim, nos cabe salientar que é sabido com antecedência que o nosso país foi o escolhido para sediar os jogos, cabendo desta forma nos perguntar o motivo do Poder Executivo não ter encaminhado, há mais tempo, um projeto de lei ao Congresso Nacional, tampouco ter acionado sua base para aprovar o projeto de reforma da Lei Geral em tramitação. A ânsia de recuperar o tempo perdido, terminou por instituir uma Lei com falhas e, apesar de relativamente recente, já é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade(ADIn 4655), sendo a primeira protocolada pelos presidentes dos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, e a segunda pelo Procurador-Geral da República Roberto Gurgel, cujo relator é o Ministro Luiz Fux, e encontra-se na fase, concluso a este. Posto isto, o presente trabalho tem o fito, trazer à guisa as principais inovações trazidas pela Lei 12.462 de 2011, confrontando-as com alguns princípios previstos na Constituição Brasileira de 1988.

2 PRINCÍPIOS x REGRAS

Antes de adentrarmos no mérito deste trabalho, e sem porém tergiversar sobre o assunto, faz-se mister um breve comentário no que concerne a conceitos aplicados aos princípio, às regras, e à distinção entre estes, para por fim, iniciarmos o estudo propriamente dito dos princípios essenciais da administração pública, e posterior confronto com a Lei que instituiu o Regime diferenciado de contratações, a 12.462/11.

Dotado de etimologia variada, o termo "princípio" origina-se do latim *principium*. Num sentido, quer dizer começo, início, origem, pronto de partida; noutra, regra a seguir, norma. Para a ciência jurídica, os princípios têm relevância quando trata-se de organizar o sistema e atuar como elo de todo o conhecimento jurídico. Servem de base axiológica e estruturante do conhecimento jurídico, servindo de fontes de sua criação, interpretação ou aplicação.

Diversos estudos foram feitos ao longo da história, por diversos autores, dentro os mais consagrados: Esser, Dworkin e Crisafulli, que nos leva a saber que as normas jurídicas constitucionais se dividem em: normas de princípios e normas de regras jurídicas.

Segundo Dworkin, princípio é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade" ³.

Alexy cita: "Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes."⁴

Bandeira de Melo (2012, p.69), acerca dos princípios em geral, comenta que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

No que concerne ao conflito entre regras, salientamos que resolve no âmbito da validade, já que se uma regra válida deve ser aplicável ao caso concreto, então, valem também suas consequências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo.

A colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas sim no campo do valor . Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, para melhor visualização, em uma "relação de precedência condicionada", determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, por que não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. Percebe-se portanto que, a solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

3 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério.2.ed. São Paulo:Martins Fontes, 2007.p.36.

4 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p.90

Com isso, importante salientar que , em suma, se estivermos diante de um conflito entre um Princípio constitucional e uma regra, que não tem como objetivo proteger outro Princípio constitucional, o Princípio prevalece, posto que se prevalecesse a regra, significaria o desrespeito à constituição , o que não só não pode ser admitido, tanto por esta ser hierarquicamente superior, quanto pelo fato da interpretação conforme a constituição ser um Princípio imanente dessa, devendo assim ser considerado .

3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Analisando o Princípio Constitucional da Isonomia pelo aspecto constitucional, encontraremos no artigo 5º da Constituição Federal, desta forma descrito:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É perceptível, pois, que tal princípio tem como escopo garantir que todos os cidadãos tenham o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Nos remetendo ao âmbito da administração pública, o princípio da isonomia é deveras relevante, posto que, a licitação traduz-se, geralmente, no oferecimento de produtos, serviços ou obras por particulares ao Poder Público, que deverá escolher a proposta que lhe for mais vantajosa; e esta escolha não pode ser aleatória nem direcionada, dotada assim de total impessoalidade(a não ser em raríssimas exceções previstas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993)) justamente pelo fato de lidar diretamente com uso dos recursos públicos, e, se assim não fosse, existiria ainda mais desvios de verbas e fraudes em licitações do que os que hoje existe. Via de regra, deve-se garantir a mais ampla igualdade entre aqueles que pretendam fornecer bens e serviços à Administração Pública.

A importância da licitação para a Administração Pública e, por conseguinte, para o Direito Administrativo aqui explicitado, manifesta-se no art. 37, XXI, da Constituição da República:

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;

Desta forma, o princípio da igualdade dos administrados perante a Administração Pública, ao ser aplicado à licitação pública, transmuta-se no princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes, que adquire caráter de princípio constitucional mediante a sua inclusão no texto da Carta Magna, supra transcrito.

No que tange à Lei em análise, em especial ao art. 1º, é relevante mencionar que o Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal produziu nota técnica sobre o PLV nº-11, de 2011, a qual, ao discorrer sobre seu art. 3º-(que corresponde ao art. 1º-da Lei nº 12.462, de 2011), concluiu ser o dispositivo inconstitucional, por afrontar os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, bem como violar os princípios da moralidade, a ser tratado neste trabalho em ponto específico, e o , em tela, da isonomia:

A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos” “necessários à realização 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” é uma cláusula intoleravelmente aberta, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.

Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação “necessária” aos eventos previstos na norma, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao “Grupo Executivo – GECOPA 2014”. Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidades vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade. [...]

Na forma da redação atual, o artigo 3º, inciso II, viola a Constituição Federal, em especial os artigos 22, inciso XXVII, e artigo 37, inciso XXI, porque de forma expressa outorgou o poder de definir o próprio regime de determinada licitação ou contrato ao próprio destinatário das limitações que a lei deve consignar.

Há violação de princípios constitucionais da Administração Pública. Atenta contra a isonomia, porque admite em tese aplicação de regimes jurídicos díspares para

contratações similares, a depender da exclusiva e subjetiva decisão da Administração Pública em determinado momento(...)5

Outro ponto a ser abordado é a “adoção preferencial do regime de ‘contratação integrada’ e ‘empreitada integral’ (Art. 2º, I e Art. 8º, §1º) de obras e serviços de engenharia, o que implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços. Nessa modalidade de contratação, não é preciso definir previamente o objeto das obras e serviços”.

Sob a ótica constitucional, ao se preferir o regime de contratação integrada, que prescinde da prévia definição do objeto das obras e serviços, seria o mesmo que olvidar-se do princípio da isonomia, que no âmbito das contratações pelo poder público, tem como objetivo assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. Nesse sentido, a Procuradoria Geral da República na ADIn 4.655:

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(...)

Reforce-se que a definição das características e do valor das obras contratadas sob tal regime somente serão aferíveis após assinado o contrato e realizado o projeto básico pela pessoa contratada.

É por essa razão que, mesmo admitindo a execução de obras e serviços em regime de empreitada integral, a Lei nº 8.666 a define nos seguintes termos: ‘quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias (...)’. Ou seja, ao contrário da Lei 12.462, a Lei 8.666 não admite que a empreitada integral englobe o projeto básico.

Outro instituto incluído no Regime Diferenciado de Contratações que vai de encontro a igualdade que se deve conferir aos participantes do certame licitatório, diz respeito à pré-qualificação prevista no inciso I do artigo 29, da lei em comento, que, conforme a redação do artigo 30 consiste em procedimento anterior ao da licitação.

Isso porque, não se deve deixar de oportunizar a concorrência de interessados no certame, em momento anterior à própria licitação, que possui instrumentos eficazes para bem selecionar a melhor proposta.

Por fim, no mesmo contexto, transcrevemos trecho do que leciona José dos Santos Carvalho Filho:

É claro que a lei admite que o administrador, ao enunciar as regras de procedimento, defina alguns requisitos para a competição. A igualdade aqui,

5 Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/portal_factory/copy_of_pdfs/NT%20GT%20COPA.pdf. Acessado em 5 de julho de 2012.

como bem anota IVAN RIGOLIN, é de expectativa, porque todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração. Desse modo, a possibilidade efetiva de alijar licitantes do certame deve ocorrer após o instrumento de convocação, quando se verificar que não preenchem os requisitos aí demarcados. 6

4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Tendo como etimologia, "Publicus" (latim), (...), e significado: "1. Qualidade do que é público; 2. Vulgarização; divulgação..."(citação do dicionário); conferir publicidade a algo, ou publicizar, garante a divulgação de determinada coisa/assunto, seja para destinatários facultativos ou obrigatórios.

O denominado Princípio da Publicidade, sempre foi dotado de grande relevância, e sua origem no âmbito do processo está relacionada com a Revolução francesa (1789), quando o sistema da publicidade judicial se tornou uma das “maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz” (CINTRA, 2009, p.75), com o intuito de combater os juízos secretos que ocorriam àquela época. Apenas com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio em questão adquiriu maior proeminência, sendo previsto no artigo X desta, garantindo o nascimento de um fundamental instrumento de fiscalização popular.

No que concerne ao âmbito brasileiro, o princípio da publicidade apenas constou no corpo da Constituição de 1988, estando de forma expressa, dentre os direitos e garantias fundamentais, mais precisamente, no inciso LX, do art. 5º da Constituição em que se determina que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

Ainda na esfera processual, a atual Constituição Federal explicita no artigo 93, incisos IX e X, a necessidade da publicidade dos atos processuais e sua necessária mitigação:

6 Filho, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo. – 18. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007- p. 221.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Desta maneira, é perceptível que a ampla e incondicional divulgação de todos os atos concernentes a um processo deve ser tolhida diante de um possível prejuízo às partes, isto é, no que se refere às suas intimidades e ao interesse social, sendo asseguradas ainda pelo artigo 5º, conforme supra citado.

No que tange às administração pública, o princípio da publicidade inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação de todos os atos praticados por aquela, ressalvadas as hipóteses impostas por Lei. No inciso XXXIII consta que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; devendo esta norma ser combinada com a do inciso LX, que assegura o sigilo dos atos processuais quando necessária à defesa da intimidade e proteção do interesse social.

Na Lei 12.642/11, em seu artigo 6º, §3º consta: " Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Ainda trás em seu artigo 15, a obrigatoriedade de **atribuir sigilo ao valor de qualquer obra, desde que caracterizada questão de segurança nacional**.

Ora, além de constituir um dos meios de legitimação da administração pública, pressuposto necessário à efetivação da participação popular, o princípio da publicidade administrativa caracteriza-se como direito fundamental do cidadão, indissociável do princípio democrático.

Significa dizer que os atos da administração não podem desenvolver-se em segredo. O princípio da publicidade é tema central dos regimes democráticos e só pode ser mitigado em situações excepcionais, conforme supra citadas, e com fundadas justificativas, o que não é o caso da realização de investimentos necessários para os eventos da Copa e da Olimpíada. O sigilo em questão também se choca com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), cujo princípio fundamental pressupõe a ação transparente como meio de prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas (art. 1º, § 1º.), não raras vezes comprometido pela prática de corrupção. Para combater essa prática, o Estatuto Fiscal, com redação dada pela Lei Complementar nº. 131, de 2009, assegura a transparência mediante a “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público” (art. 48, parágrafo único, I). Nessa esteira, a LRF determina que todos os entes da Federação, sem exceção, disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes à despesa, exigindo a divulgação de todos os atos praticados pelas unidades gestoras, inclusive no que se refere ao procedimento licitatório (art. 48-A, I). Trata-se de lei complementar exigida pelo artigo 163 da Constituição Federal que não pode ser alterada por lei ordinária, tampouco por medida provisória.

O sigilo aprovado para o RDC impede o acompanhamento da aplicação dos recursos públicos em investimentos expressivos, como os da Copa do Mundo de 2014 e da Olimpíada de 2016. Grandes aumentos nos custos dos projetos, como os que ocorreram durante os Jogos Panamericanos no Rio de Janeiro, no ano de 2007, poderiam passar despercebidos. Diante da não permissão à divulgação dos orçamentos prévios, há um impedimento de uma atuação preventiva da sociedade visando evitar a prática de corrupção nos procedimentos licitatórios. Consequentemente as rotinas dos órgãos oficiais de controle também ficam prejudicadas sem a ampla publicidade das informações, exigindo requerimento de todos os atos, o que torna o controle menos efetivo.

De suma importância é relatar que a sociedade brasileira paga caro pelas práticas de corrupção, as quais, não raras vezes, têm origem em desvios ocorridos nos processos licitatórios. Dessa forma, não há razão para reduzir a transparência e instituir o sigilo injustificável na gestão pública, cujo resultado não será outro senão propiciar a práticas da corrupção.

5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O denominado Princípio da Moralidade orienta que a atuação administrativa do Estado deve objetivar à concretização de valores éticos fundamentais. Não se pode prestigiar conduta administrativa apartada da probidade, do decoro, lealdade, boa-fé e segurança jurídica. Para o servidor público, a obediência à moralidade é **cogente**. Tal princípio reflete a moralidade administrativa que os agentes públicos devem praticar; inexistente escolha em sua aplicação. São ilícitas, portanto, todas e quaisquer condutas administrativas imorais ou amorais. "Caso contrário, a previsão constitucional do princípio em questão, tornar-se-ia subprincípio da legalidade, mero agravante sem incidência autônoma (cogitação que nem sequer se põe em termos de hermenêutica constitucional - afinal, não há palavras supérfluas na Constituição)"⁷

Ao fazer o paralelo com a Lei objeto de nosso estudo, 12.462/11, temos um conflito: Fazendo referência mais uma vez à nota emitida pelo Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal produziu nota técnica sobre o PLV nº-11, de 2011, a qual, ao discorrer sobre seu art. 3º (que corresponde ao art. 1º da Lei nº 12.462, de 2011), concluiu ser o dispositivo inconstitucional, por afrontar os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, bem como violar os princípios da isonomia, já explicitado em momento oportuno, e o , em tela, da moralidade:

A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos” “necessários à realização 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” é uma **cláusula intoleravelmente aberta**, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este

7 CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11) : aspectos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74.

poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.

Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação “necessária” aos eventos previstos na norma, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao “Grupo Executivo – GECOPA 2014”. **Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidades vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade.** [...]

Na forma da redação atual, o artigo 3º, inciso II, viola a Constituição Federal, em especial os artigos 22, inciso XXVII, e artigo 37, inciso XXI, porque de forma expressa outorgou o poder de definir o próprio regime de determinada licitação ou contrato ao próprio destinatário das limitações que a lei deve consignar.

Há violação de princípios constitucionais da Administração Pública. Atenta contra a (...) e também gera violação da moralidade administrativa, porque a lei está chancelando – e não limitando – a atividade arbitrária do Administrador. 8

Diante do comentário supra, não há como discordar do argumento de que a Lei nº 12.462, de 2011, submete, em boa medida, à discricção do Poder Executivo, a escolha de aplicação de um regime licitatório bem mais flexível destinado a determinadas obras, compras e serviços.

Ainda neste princípio, importante mencionarmos sobre o artigo 6º, §3º da Lei em análise, que atribui caráter sigiloso ao orçamento do contrato, uma vez que observamos que além de, conforme mencionado ser uma evidente afronta ao princípio da publicidade, é ainda ao da moralidade, pois, atuando dessa forma, o Poder Público viola este instituto, agindo sem transparência, outrossim, a impressão que se tem com a aprovação de uma Lei neste teor é que, justamente, busca-se impedir que a corrupção que já se tem em plano, por de trás de tal medida, chegue a ao conhecimento da sociedade, dificultando, ou até impedindo, que se possa controlar e conhecer a atuação do Poder Público.

Caso algum indivíduo tenha interesse pessoal de tomar conhecimento sobre o orçamento estimado, terá os meios para conseguir isso, sendo eles a impetração demandado de segurança, o habeas data, quando cabível, e a até representação ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, tendo em vista ter resguardado o seu direito, que sofrendo ameaças deverá ser protegido e tutelado pelo judiciário.

8 Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/porta1_factory/copy_of_pdfs/NT%20GT%20COPA.pdf . Acessado em 5 de julho de 2012.

6 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa trata-se de princípio esculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Cabe ressaltar que em relação a administração pública os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos, expressamente, no artigo 2º, da Lei nº 9.784/1999.

Na Lei posta em análise, o seu artigo 27, desde que adimplida a condição de respeito à ordem cronológica de suas fases, institui fase recursal única ao certame licitatório, regulando, pois, de forma diversa daquela prevista pela Lei 8.666/93. Conforme é sabido, a interposição de recursos pode ocorrer a cada decisão administrativa, seja na fase de habilitação, ou na de classificação, o que contempla os princípios do contraditório e ampla defesa, e impede que os licitantes sem a devida habilitação atinjam as próximas fases ou permaneçam no certame até o fim.

Diversos doutrinadores alegam que o fato de no RDC, conforme supra, concentrar a oportunidade de recurso para um único evento não cercearia o integral exercício do contraditório e ampla defesa, restando assegurada os princípios em questão. Concomitantemente, outros afirmam que a inexistência de prejuízo é ratificada pela própria lei quando possibilita a contestação de todas as fases da licitação, ou seja, na fase recursal, que ocorre em momento final da licitação, sendo possível contestar tanto as decisões ocorridas na fase de classificação e julgamento das propostas quanto as ocorridas na fase de habilitação, prevista expressamente no artigo 27, parágrafo único: "Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor".

Porém, entende-se não ser tão simples, como de fato parece, uma vez que é perceptível que a postergação da fase recursal para o momento final da licitação não propicia a preparação de uma defesa de Direito; deixando claro que, não se pretende defender que haja um interregno perfeito para que uma defesa seja feita da melhor maneira, e sim defende-se aqui que há um efetivo dano aos princípios expostos com essa postergação da oportunidade de

contestar atos ordenatórios do Estado, por meio do impedimento do interessado em expressar suas razões, enquanto os acontecimentos fáticos permaneciam recentes.

Principalmente no que tange às licitações, mesmo com as garantias legais de devolução do mérito das matérias objeto de recurso, para os administradores públicos, é inegável que o resultado da licitação, de certa forma, pode influenciar na apreciação e julgamento dos recursos administrativos, nem que seja para se evitar a perda e a repetição de atos que seriam considerados viciados com o provimento do recurso.

Na ânsia da busca da eficiência administrativa, termina-se por propiciar, em alguns casos, o desvio de poder.

Com isso, é perceptível que essa solução legislativa encontrada, põe o administrador público sob pressão, especialmente quando diante de uma situação em que se apresenta de um lado a necessidade de almejar o interesse público através da realização do objeto do contrato pretendido e, do outro uma irregularidade inaceitável no procedimento licitatório que exige o seu refazimento integral. Por estes motivos entende-se sim, que a escolha por este regime de fase recursal única acarreta prejuízos aos princípios em tela.

7 CONCLUSÃO

Antes de abordar especificamente sobre o tema questão do artigo, é de suma relevância citarmos que de uma forma moderna, a nova lei traz importantes questões como o cuidado com o meio ambiente, com a urbanização e com as pessoas com necessidades especiais, além de visar, principalmente a celeridade no trâmite da licitação, na tentativa de diminuir a burocracia existente. Porém, mesmo que se concorde quanto à vantagem relacionada a esta celeridade utilizando a adoção da forma de contratação de empreitada integral, concluímos que não pode a Lei n.º 12.462/2011 ser considerada constitucional, ao observar que no que tange à efetivação dos princípios inerentes ao procedimento administrativo da licitação, nota-se a visível incompatibilidade entre os direcionamentos desta nova Lei e os ditames constitucionais da isonomia/igualdade, publicidade, moralidade e contraditório/ ampla defesa.

Em um Estado de Direito é dever da Administração Pública o acolhimento dos princípios inerentes ao Regime Jurídico Administrativo, logo, a realização de licitações não pode ir à contramão da democracia impedindo os cidadãos de ter pleno acesso aos gastos públicos e privilegiando a desigualdade entre os que desejam participar do certame, devendo nos atentar ao fato de que na prática, o administrador público corrupto poderá tranquilamente divulgar o valor estimado para quem ele quer beneficiar, prejudicando os demais licitantes que apresentarão suas propostas sem saber de nada, "no escuro".

Destarte, sendo este objetivo do Governo, com a aprovação do RDC, acelerar os procedimentos de contratação de obras e serviços para a Copa do Mundo e as Olimpíadas, a forma precipitada, e desmedida como se deu a instituição do novo regime, afastando-se o processo legislativo ordinário e descurando-se das normas constitucionais de distribuição de competências, pode, ao contrário do inicialmente previsto, operar em desfavor da celeridade pretendida, dando ensejo a disputas judiciais quanto à própria validade da nova Lei.

Portanto, após demonstrar a flagrante incompatibilidade da Lei 12.462/11 com os Princípios que regem a Constituição de 1988, tem-se a obrigação de explicitar que a violação de princípios que devem informar a licitação e os contratos administrativos que dela decorrem sempre configura caso em que se faz presente o interesse público, e, por conseguinte, a ensejar ações judiciais promovidas por legitimados extraordinariamente, isto é, por quem defende em nome próprio um direito inerente à coletividade.

Fala-se neste caso das ações de improbidade administrativa e as ações populares, conforme observa-se nos anexos a e b.

Aquela pode ser ajuizada pelo Ministério Público ou pelo ente público lesionado, tendo suporte na Lei 8.492(Lei de Improbidade administrativa), contemplando 3 situações: a) atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário e c) ato de improbidade administrativa por violação a certos deveres que decorrem dos princípios que devem nortear a administração pública. Esta última ação, está prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição.

Vale salientar que só deve ser proposta nos casos de tratar-se de princípios fechados, isto é, que podem ser diretamente violados pela administração pública por serem, é o caso da legalidade, impessoalidade, publicidade e igualdade, não podendo assim ser aplicado à

moralidade, por exemplo, sendo necessário que uma norma infraconstitucional defina em que consiste o ato que efetivamente atente contra a moralidade.

Por fim, tem-se que o ponto primordial do presente trabalho consistiu em, mediante pesquisa realizada, fazer uma análise sobre a nova Lei 12.462/11 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, suscitando o conflito existente entre esta e os Princípios Constitucionais da isonomia/igualdade, publicidade, moralidade e contraditório/ ampla defesa, violados por esta.

Salienta-se ainda que, apesar de não ser o escopo maior deste artigo, entende-se que deve o Supremo Tribunal Federal, já nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas sobre a matéria, declarar esta Lei inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Lei 12. 462/11. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/>
- BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/>
- CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM Rafael(Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11) : aspectos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ANEXOS

ANEXO A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Contratação de conjunto musical para animação do carnaval de 2007. Inexigibilidade de licitação (art. 25, III, da Lei nº 8.666/93). POSSIBILIDADE. Ausência de prova de improbidade. Ação improcedente. Recurso desprovido. 25III8.666

(176184620098260000 SP 0017618-46.2009.8.26.0000, Relator: Israel Góes dos Anjos, Data de Julgamento: 30/01/2012, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/02/2012)

ANEXO B

PENAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - PRESCRIÇÃO RETROATIVA - TRANSCURSO DE LAPSO INSUFICIENTE PARA O SEU RECONHECIMENTO - PRESCRIÇÃO AFASTADA. MÉRITO - PREFEITO - COMBUSTÍVEL ADQUIRIDO SEM LICITAÇÃO OU SEM O REGULAR PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO - INOCORRÊNCIA. SENTENÇA QUE EMBORA CONFUNDA AS FASES FAZ ACRÉSCIMO ADEQUADO RELATIVO AO CRIME CONTINUADO - SEM PREJUÍZO PARA A DEFESA QUE NÃO RECORREU DA APLICAÇÃO DA PENA. RECURSO DESPROVIDO.

(7086753 PR 708675-3 (Acórdão), Relator: Roberto Portugal Bacellar, Data de Julgamento: 15/03/2012, 2ª Câmara Criminal)