

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO - RDC

Mariana Capistrano Sarinho Paiva¹

Paulo Renato Guedes Bezerra²

RESUMO

Analisa-se com base em pesquisa bibliográfica e documental sobre a legislação pertinente, a temática do regime diferenciado de contratação pública (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/2011, criado para a contratação nas obras emergenciais que serão realizadas para os eventos esportivos que acontecerão no Brasil a partir do ano de 2013, assim como as obras necessárias para a infraestrutura nos locais onde ocorrerão os jogos. Esse regime é uma modalidade diferente da licitação pública convencional, com regulamentos próprios estabelecidos pelo Decreto nº 7.581/11. Apesar de ser um tema bastante novo, o RDC é alvo de diversas críticas, e hoje é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade. Sobre as alterações levantadas, confrontando com o que aduz a doutrina e jurisprudência pátrias, este trabalho se propõe a tecer uma análise acerca da constitucionalidade do RDC, tanto no aspecto formal quanto no material.

Palavras-chaves: Regime; Contratação; Administração; Pública; Licitação.

THE (UN) CONSTITUTIONALITY OF THE DIFFERENTIATED REGIME FOR CONTRACTING - DRC

ABSTRACT

According to bibliographical and documentary research on the relevant legislation, this paper analyzes the theme of the differentiated regime for public contracting (DRC), instituted by the Law No. 12.462/2011, created for the contracting in the emergency works that will be realized for the sporting events that take place in Brazil from the year of 2013, as well as the necessary works for infrastructure in places where the games will take place. This regime is a different way of the conventional public procurement, with their own regulations established by Decree No. 7.581/11. Despite being a fairly new theme, the DRC is the target of several critical, and is now object of two directs actions of unconstitutionality. About the raised controversy, confronting with what exposes the dominant doctrine and jurisprudence, this article seeks to analyze the constitutionality of the DRC, in both aspects, formal and material.

Keywords: Regime; Contracting; Administration; Public; Procurement

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: marianasarinho@uol.com.br

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Email: paulorenato25@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico abordará o tema do Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC, instituído pela Lei nº. 12.462/11, que por sua vez, surgiu em decorrência da conversão da Medida Provisória 527/11.

Desta feita, o Regime Diferenciado de Contratação, surgiu para a realização de contratos nas obras emergenciais para os eventos esportivos que acontecerão no Brasil a partir de 2013, quais sejam, a Copa das Confederações, a Copa do Mundo, a Olimpíada e Paraolimpíada, assim como para obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos localizados a distância de até 350 (trezentos e cinquenta) Km das cidades onde se realizarão os eventos.

O RDC veio para desburocratizar e dar celeridade ao procedimento licitatório quando se trata dos contratos acima especificados, além de trazer eficiência e economicidade à contratação pela Administração Pública. A Lei 12.462/11 traz em seu corpo, como objetivos do regime, o incentivo a inovação tecnológica e a troca de experiências, eficiência nas contratações e a competitividade entre os licitantes, tudo isso, buscando um tratamento igualitário e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Apesar de novo, o RDC já sofreu várias críticas, sendo inclusive objeto de duas ações diretas de constitucionalidade, a ADI nº. 4645, proposta pelo Democratas e os Partidos da Social Democracia Brasileira e Popular Socialista e a ADI nº. 4655, proposta pelo Procurador Geral da República, sobre as quais vamos direcionar nosso estudo. Uma das críticas feitas ao regime está no fato de que a norma (Lei nº. 12.462/11) não fixa os parâmetros para definir as obras, serviços e compras que devam ser objeto do RDC.

A importância que traz o estudo do tema está praticamente no fato de ser um tema recente, de pouco conhecimento, e extrema relevância para a sociedade, já que a Administração deve zelar sempre pelo interesse público.

O estudo para a elaboração do artigo foi realizado através de pesquisa bibliográfica, apesar de ser um tema recente e com pouca bibliografia específica, e, interpretação da lei e das petições iniciais das duas ações diretas de inconstitucionalidade.

2. CONHECENDO O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

2.1. CONCEITO

Como é sabido, o Brasil, nesses próximos anos, realizará importantes eventos esportivos, como a Copa do Mundo FIFA de 2014 e a Olimpíada do Rio de Janeiro em 2016. Para a concretização desses eventos serão necessárias obras que permitirão a prática das atividades desportivas, a construção dos alojamentos para os atletas, equipes de apoio e da imprensa, assim como, construção, ampliação ou melhoria do sistema viário, aeroportos, transporte público, acomodação, entre outros, visando o bem estar dos turistas que nos visitarão nessa época.

O regime diferenciado de contratação, ou RDC, como ficou conhecido, surgiu para realizar as contratações para essas obras emergenciais decorrentes dos eventos citados anteriormente.

A principal inovação trazida pelo RDC é a “contratação integrada”, em que, diferente do que ocorre no procedimento licitatório da Lei 8.666/93, a obra é contratada por inteiro à uma empresa, e esta ficará responsável por entregar a obra no prazo estabelecido pronta para o uso.

2.2. ORIGEM

Em 30 de outubro de 2007, o Brasil foi selecionado para ser sede da Copa do Mundo de 2014, assim como para a Copa das Confederações que acontece um ano antes. Já em outubro de 2009, foi a vez do Rio de Janeiro ser escolhida como sede das Olimpíadas de 2016.

A vitória do Brasil ao conseguir sediar os eventos esportivos gerou nos brasileiros uma expectativa boa de desenvolvimento, uma vez que esta seria uma oportunidade única de receber investimentos e melhorar a infraestrutura do país.

Em contrapartida, a tamanha excitação praticamente ainda não saiu do papel, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que os eventos se aproximam, mais e mais coisas precisam ser feitas ou melhoradas.

Apesar de serem eventos muito benéficos ao Brasil (do ponto de vista cultural, econômica, social, fraternal, entre outras), exige-se do país não apenas que ele realize os eventos, mas que os realize bem. Portanto, já que estamos diante de eventos comandados por entidades externas (FIFA – Fédération International de Football Association e COI – Comitê Olímpico internacional) que não admitem os atrasos rotineiros já conhecidos pelos brasileiros, principalmente se tratando de realização de obras públicas, tornou-se necessária a instituição de um regime especial.

A primeira oportunidade em que se procurou disciplinar o regime especial dito anteriormente deu-se em maio de 2010 com a edição das medidas provisórias nº488 e nº 489, porém todas duas perderam sua eficácia com o tempo.

Sendo assim, na sessão legislativa seguinte, no momento de edição da Medida Provisória nº 527, aproveitou-se para nela incluir o Regime diferenciado de Contratação Pública. Essa medida depois foi convertida em Lei Federal, a Lei 12.462.

2.3. APLICABILIDADE

Depois de entender um pouco o significado e a importância do Regime Diferenciado de Contratação, é importante analisar sua aplicabilidade, em que obras ele será utilizado.

Ao se fazer a leitura do artigo 1º da Lei 12.462/11 já se pode ter uma compreensão da utilização do RDC:

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

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

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

Deverá ser observada, portanto, a necessidade da realização das obras.

Necessário é aquilo que não se pode dispensar. Para melhor compreensão é possível fazer uma analogia com dispositivo do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), o art. 96, que disciplina as benfeitorias passíveis de execução e divide-as em: necessárias, úteis e voluptuárias. A necessária, nesse caso, é aquela que tem como finalidade conservar ou impedir a deterioração do bem.

Cabe ressaltar que, passada a análise da necessidade ou não da realização da obra, é uma opção para os entes licitantes a utilização do RDC, cabendo a eles decidir pela utilização do procedimento licitatório convencional, o da Lei 8.666/93, quando entender conveniente.

A partir da escolha do município do Rio de Janeiro para sediar os Jogos Olímpicos de 2016, a União, Estado e o município formalizaram um Protocolo de Intenções, anexo à Lei 12.396/11³, criando um consórcio público sob a forma da autarquia especial denominada de Autoridade Pública Olímpica (APO), responsável pela aprovação da Carteira de Projetos Olímpicos, citada anteriormente no art. 1º da Lei 12.462/11.

Dessa forma, Carteira de Projetos Olímpicos, nada mais é que um conjunto de obras e serviços previamente selecionados pela APO por serem vistos como essenciais à realização das Olimpíadas Olímpica e Paraolímpica de 2016.

Já a matriz de responsabilidades, a que também faz referência o art. 1º, de acordo com a Lei 12.396/11, é um “documento vinculante que estipula as obrigações de cada um de seus signatários para com a organização e realização dos jogos”.⁴

Portanto, levando-se em conta o que foi dito, entende-se que a necessidade pela utilização do Regime Diferenciado de Contratação se dará nos casos em que a obra ou serviço será imprescindível para realização do evento, ou seja, que sem a qual, ficarão prejudicadas suas características e qualidades.

Ocorre que, o Brasil teve, e ainda tem, tempo para se organizar para os eventos, não precisaria, estabelecer um regime diferenciado de contratação se houvesse uma programação do país de maneira organizada.

3. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO RDC

O Regime Diferenciado de Contratação Pública é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e o Partido Popular Socialista – PPS e a outra pelo Procurador Geral da República, e é com base nelas que vamos destrinchar o assunto.

Antes de iniciamos a discussão acerca da inconstitucionalidade ou não do RDC, vamos abordar questões conceituais sobre o controle de constitucionalidade, em especial, do que se trata a inconstitucionalidade formal e material.

³ Ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO.

⁴ Anexo da Lei nº 12.396, de 21 de Março de 2011, Cláusula terceira, inciso IV.

Levando-se em conta o princípio da supremacia da constituição, uma norma para ser considerada constitucional, deve ser elaborada em concordância com os ditames da Constituição Federal, desse modo, ao passarem por um controle de constitucionalidade, as normas só terão eficácia se forem compatíveis com a Carta Magna.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando, no momento da elaboração da norma, há um desrespeito à Constituição, ainda que o conteúdo da norma seja totalmente compatível com o texto constitucional. Essa inconstitucionalidade pode ser declarada quando não forem observadas as regras de competência ou procedimentais. No primeiro caso tem-se que seria do tipo orgânica. Pode decorrer de requisitos subjetivos, quando a falha está na fase inicial, ou seja, o erro é de quem seria a iniciativa, e objetivos, quando as falhas ocorrerem em qualquer outro momento que não na oportunidade da iniciativa.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, ocorre quando mesmo obedecida todas as regras do processo legislativo, o conteúdo, ou seja, a matéria da norma é incompatível com a Constituição Federal.

3.1. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

3.1.1. ELABORAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Para começar a falar sobre a elaboração de medidas provisórias faz-se necessário entender o que elas são. No livro de Gilmar Mendes encontra-se, de forma clara, o conceito:

Em resumo, as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o poder de editá-las. (2009, p.926)

As medidas provisórias possuem força de lei, criam direitos e deveres. Ocorre que, elas não se originam no Poder Legislativo, o que é o normal, mas sim de um ato monocrático do Presidente da República. Por essa maneira, tem-se que a medida provisória tem caráter excepcional, uma vez que, o Executivo, investindo-se na função legiferante, estaria afastando, temporariamente, o princípio constitucional da separação dos poderes.

Uma das características das medidas provisórias é o condicionamento. Ou seja, para que seja editada, expedida ou adotada uma medida provisória se faz necessário o preenchimento de dois requisitos: relevância e urgência. Sendo assim, a adoção de medidas

provisórias só pode ocorrer mediante situações graves e de notória importância, assim como para sanar males de difícil reparação, que, caso contrário, traria consequências irremediáveis.

No procedimento elaborativo de medidas provisórias, como já dito antes, o Presidente da República, respeitando os pressupostos da relevância e urgência, edita a medida provisória, que após segue para o Congresso Nacional onde será realizada uma deliberação sobre a matéria, o Legislativo, portanto, irá confirmar ou infirmar o juízo do Executivo. Se restar configurado excesso de poder ou for notório o abuso inconstitucional a medida provisória passará por um controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

3.1.2. DA FALTA DE PRESSUPOSTOS PARA ADOTAR MEDIDA PROVISÓRIA

Depois de rápida exposição sobre a medida provisória, restou claro que para adotá-la é preciso de dois pressupostos: relevância e urgência. A medida provisória sobre a qual versará o estudo, a MP nº 527, não demonstrou nenhum desses pressupostos para ter sido adotada, conforme se verificará adiante.

O STF já se pronunciou sobre o assunto no sentido de exigir a presença dos dois pressupostos para utilizar-se de uma medida provisória. É o que se vê nos excertos abaixo:

EMENTA: **INCONSTITUCIONALIDADE**. Ação direta. Art. 9º da Medida Provisória n.º 2.164-41/2001. Introdução do art. 29-C na Lei n.º 8.036/1990. **Edição de medida provisória**. Sucumbência. Honorários advocatícios. Ações entre FGTS e titulares de contas vinculadas. **Inexistência de relevância e de urgência**. Matéria, ademais, típica de direito processual. Competência exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa aos arts. 22, inc. I, e 62, caput, da CF. Precedentes. Ação julgada procedente. É inconstitucional a medida provisória que, alterando lei, suprime condenação em honorários advocatícios, por sucumbência, nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais. (ADI 2736, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ de 28.03.2011). (Grifos nossos).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO: POSSIBILIDADE. REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS AO PSSSP. MEDIDA PROVISÓRIA nº 560, de 26.7.94. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL: C.F., art. 195, § 6º. I. - Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIns 295-DF, 1.397-DF, 1.516-RO, 1.610-DF, 1.135-DF. II. - **Requisitos de relevância e urgência: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se uma ou outra,**

relevância ou urgência, evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Precedente: ADIn 162-DF (medida liminar), Moreira Alves, Plenário, 14.12.89; ADIn 1.397-DF, Velloso. RDA 210/294. III. - Contribuição dos servidores públicos para o PSSSP: a questão da anterioridade nonagesimal que não teria sido observada pelas Medidas Provisórias 560 e suas reedições. Precedente do STF no sentido da inconstitucionalidade de dispositivos das citadas medidas provisórias que não observaram o princípio: ADIn 1.135-DF, Velloso (vencido), Pertence p/acórdão, Plenário, 13.8.97, "DJ" de 05.12.97. IV. - R.E. conhecido e provido, em parte. (RE 217.162/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26.02.1999). (Grifos nossos).

E ainda em partes da íntegra do acórdão da mesma ADI citada acima, onde no voto do Min. Celso de Mello, se percebe além da questão dos pressupostos, a preocupação que tem o STF com a constante adoção de Medidas Provisórias pelos Presidentes da República:

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, **que o ato normativo** ora impugnado, **inscrito** no art. 9º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24/08/2011, **na parte** em que introduziu **o art. 29-C** na Lei nº 8.036, de 11/05/90, **revela-se inconstitucional**, porque, não observados, pelo Senhor Presidente da República, **os requisitos de urgência e relevância** que a Constituição da República **impõe**, em seu art. 62, “caput”, como pressupostos necessários à **válida** edição de qualquer medida provisória.

.....
.....
Ao julgar a ADI 2.213-MC/DF, **de que sou Relator**, e em cujo âmbito sustentei, com o apoio unânime dos eminentes juízes **desta** Suprema Corte, a possibilidade de controle jurisdicional **dos pressupostos constitucionais** da medida provisória, **externei**, em razão de diversas decisões por mim proferidas (**RE 239.286/pr**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **a minha extrema** preocupação com o excesso e medidas provisórias **que os sucessivos** Presidentes da República têm editado, **transformando**, essa prática **extraordinária** de sua competência normativa, em exercício **ordinário** do poder de legislar, **com grave comprometimento** do postulado constitucional da separação de poderes.

Grifos do original.

Além do que, é mister lembrar que, quem tem que apreciar a existência dos pressupostos é o Presidente da República, depois dele, o Congresso Nacional ao deliberar o tema pode rejeitar a medida se entender pela falta. Porém, em casos excepcionais, o Judiciário, através do STF, poderá fazer juízo da existência ou não da relevância e urgência.

Importante ressaltar que nesse ponto específico não se está falando diretamente do RDC, na verdade, trata-se da matéria originária da MP, qual seja, a reorganização da Presidência da República e alguns de seus Ministérios, um tema ordinário.

3.1.3. ABUSO DO PODER DE EMENDAR E A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO

Como dito anteriormente, depois do Presidente da República adotar uma medida provisória, ele deve submetê-la ao crivo do Congresso Nacional. Chegando lá, é possível a apresentação de emendas ao texto original da medida, por meio de projeto de lei de conversão, é quando ocorre a aprovação da medida provisória com modificações.

Ocorre que, é imprescindível que a matéria da emenda tenha relação com a matéria da medida provisória a ser emendada. De acordo com Uadi Lammego (2011, p.1193): “é vedada a apresentação de emendas que propuserem a inclusão de assunto estranho ao deliberado pelo texto do Poder executivo”.

Não foi a partir da MP nº 527 que tentaram introduzir disposições sobre o RDC. Pelo contrário, houve várias tentativas e, em nenhuma delas, a matéria continha algum tipo de relação com o regime.

Em uma dessas tentativas, na oportunidade da tramitação da MP nº 521 no Congresso Nacional, como bem explica a ADI nº 4645, a Relatora da medida, em seu parecer, demonstrou claramente a vontade da Presidência da República de fazer inserir as disposições do RDC em outras medidas provisórias. A emenda para incluir o assunto acabou gerando tanto debate que a relatora decidiu por retirá-la.

A Medida Provisória nº 527, conforme demonstra sua própria ementa:

Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

Precisamente quarenta e sete dispositivos sobre RDC foram incluídos no texto da Medida Provisória no momento em que ela estava no plenário do Congresso Nacional para discussão e votação pelo relator da proposição, José Guimarães (PT-CE), conforme se confere no Parecer nº 663, de 2011.

A partir do que se observa na emenda e do que já ficou esclarecido ser o Regime Diferenciado de Contratação Pública, percebe-se claramente que houve um equívoco no

processo de elaboração dessa medida provisória. Os assuntos não têm nenhuma relação um com o outro.

O próprio relator da proposição, o deputado José Guimarães, disse em seu parecer apresentado em 15.06.2011 que a emenda não aborda o tema original da medida provisória:

Como se afirmou anteriormente, a análise de mérito da MP deve prosseguir pela abordagem de tema que não consta de seu teor original ou das emendas que lhe foram oferecidas, mas que possui acentuada relação com os propósitos fundamentais do instrumento.

Sobre essa possibilidade de emenda com matéria diferente da medida provisória o Supremo Tribunal Federal já se posicionou contrário, como demonstra o trecho do excerto jurisprudencial que segue adiante:

3. O Poder Legislativo detém a competência de emendar todo e qualquer projeto de lei, ainda que fruto da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (art. 48 da CF). Tal competência do Poder Legislativo conhece, porém, duas limitações: a) a impossibilidade de o Parlamento veicular matéria estranha à versada no projeto de lei (requisito de pertinência temática); b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF). Hipóteses que não se fazem presentes no caso dos autos. Vício de inconstitucionalidade formal inexistente. (ADI 3288, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 24.02.2011)

Depois do que já foi dito, conclui-se que se configura abuso de emendar, a apresentação de emenda com tema diverso do proposto na medida. Conforme a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelos Partidos, esse abuso se caracteriza por dois aspectos: a impertinência do tema e a criação de obstáculos aos outros parlamentares para discutir e propor outras emendas, assim como fez o relator, tendo em vista a emenda ter se realizado no momento de discussão da mesma em plenário.

3.2. AS (IN) CONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS

Fazendo uma comparação entre as duas ADI's contra o RDC, percebe-se que duas tratam praticamente da mesma coisa.

Como já vimos, a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo da norma afronta a Constituição Federal, sendo assim, ao passar por um controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo a norma é declarada inconstitucional.

Far-se-á doravante análise acerca das principais inconstitucionalidades sobre a norma em exame neste trabalho.

3.2.1. AFRONTAS AO ARTIGO 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A necessidade da adoção da licitação nas contratações de obras, serviços, compras e alienações é uma obrigatoriedade trazida pelo art. 37, XXI da CF e corroborado pelo art. 2º da Lei 8.666/93. Existem casos específicos onde não é obrigatória a licitação, ou seja, os casos de dispensa e inexigibilidade. Analisemos os artigos:

“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

(Grifos de agora.)

Ainda se referindo à obrigatoriedade da licitação, o entendimento do art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

É simples se averiguar que a obrigatoriedade de licitação pela Administração Pública como um todo, decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público⁵.

É de fundamental importância entender o que é, e a necessidade de a Administração Pública realizar procedimentos licitatórios para celebrar contratos. Sobre isso, se posicionou Celso Antônio Bandeira de Mello (2011. p. 528): “Licitação é um certame que as entidades

⁵ De acordo com Alexandre Mazza, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendidos, sendo assim devem agir do modo determinado pela legislação e não segundo suas vontades. (MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva, 2011)

governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”.

A licitação é uma importante ferramenta pois restringe o poder discricionário da Administração Pública, zelando pelos princípios norteadores da administração, quais sejam, isonomia e moralidade⁶.

O procedimento licitatório segundo se constata é a regra, portanto, qualquer norma que dispense o uso, que não esteja ressalvada por lei, deve ser declarada inconstitucional por notório confronto com a Constituição Federal.

É o que ocorre com a Lei 12.462/11 ao delegar ao Executivo a escolha pelo regime jurídico de licitação a que será submetido. Observemos, portanto, os art. 1º e 65 da referida lei:

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

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

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

.....
.....
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.

⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro definiu o princípio da moralidade administrativa nos seguintes termos: “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.74).

Apesar do uso do “exclusivamente” no art. 1º, não foram fixados parâmetros para decidir quais são as obras, serviços e compras que vão seguir o RDC, ou seja, dessa forma é transmitido ao Executivo o poder de escolher, tendo em vista que os artigos mencionados foram muitos vagos.

Importante ressaltar, nesse momento, o flagrante confronto com a Constituição Federal no que diz respeito ao art. 22, que dispõe sobre a competência privativa da União, em seu inciso XXVII, ora transcrito:

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.

Em se tratando do art. 65, há uma permissão pelo artigo da administração adotar o RDC caso entenda necessário ao cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico e Paraolímpico Internacional, sem que tenha sido definida a Carteira de Projetos Olímpicos.

Em sinal de desconformidade com os artigos já apresentados da Constituição, percebe-se uma delegação de competência entre a União e o ente administrativo e a consequente ofensa ao art. 22, XXVII, assim como o art. 37, XXI, ambos da Constituição. De maneira que, resolvendo por optar pelo RDC, estará a Administração Pública legislando sobre tema que não é de sua competência, afrontando a Constituição Federal.

De acordo com o Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, na ADI 4655, transferir ao Executivo a definição do regime jurídico da licitação pública, além da ofensa ao art. 37, XXI, vai de encontro aos princípios da impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência administrativa.

3.2.2. CONTRATAÇÃO INTEGRADA E PROJETO BÁSICO

Segundo art. 9º, §1º da Lei 12.462, o regime da contratação integrada⁷ consiste na elaboração pelo licitante tanto do projeto básico, quanto do executivo, além de executar as

⁷ A contratação integrada não é nova no ordenamento jurídico brasileiro, foi consagrada no decreto nº 2.745/1998, que aprova o chamado *Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras)*. Conforme disposto em seu item 1.9, “sempre que economicamente recomendável, a Petrobrás poderá utilizar-se da *contratação integrada*, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem,

obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais intervenções para a entrega final do objeto.

Ao instituir a contratação integrada o legislador autorizou que o projeto básico que, no procedimento licitatório da Lei 8.666, é obrigatoriamente realizado pela Administração Pública, agora seja realizado pelo particular que concorrer ao certame.

A indignação quanto a esse dispositivo é tamanha que ele é objeto das duas ADIs contra o Regime Diferenciado de Contratação Pública, conforme se constata nos trechos das petições iniciais:

Outro aspecto flagrantemente inconstitucional da Lei 12.462 de 04 de Agosto de 2011 está na nova modalidade de licitação criada pela denominada ‘contratação integrada’, que não está de acordo com os princípios constitucionais da moralidade administrativa e da isonomia (ADI nº. 4645).

.....
.....
Os dispositivos conferem à Administração o dever de adoção preferencial do regime denominado contratação integrada no caso de obras e serviços de engenharia. Tal regime, nos termos da Lei nº 12.462, implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços.
Há duas implicações nesse regime, ambas em desconformidade com o parâmetro constitucional invocado. (ADI nº4655).

Corroborando com o entendimento da ADI nº 4655, vamos entrar na análise dessas duas implicações citadas acima.

A primeira consequência é a contratação de obras e serviços sem que tenha sido definido claramente o objeto.

A importância do projeto básico encontra-se consubstanciada no art. 7º, § 2º da Lei nº 8.666/93, isso porque não se inicia o processo de licitação se não “houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”, tendo em vista a sua necessidade para caracterizar o objeto da licitação.

Para que os participantes de uma licitação possam oferecer propostas pertinentes, é imprescindível que se tenha uma descrição do objeto para conhecer a obra ou serviço que será licitado.

execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”.

O princípio da isonomia garante aos licitantes uma igualdade entre eles para que possa haver concorrência. Acontece que, sem a definição do objeto isso não se faz possível.

Sobre essa questão, o Mestre em Direito Administrativo, Augusto Neves Dal Pozzo (2011, p. 53, 54), se pronunciou da seguinte maneira:

Se a Administração Pública deixar de estabelecer, de maneira completa, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que está pretendendo contratar, não haverá torneio possível, pois, em verdade, estarão sendo oferecidas propostas para alguma coisa que não se sabe ao certo o que efetivamente é: trata-se de um pressuposto lógico do certame.

[...]

A experiência mostra que a falta de projetos adequados causa inúmeros transtornos para a Administração durante a execução contratual, seja porque se encontra limitada a estabelecer quantitativos de valor, seja porque se pagará um preço muito alto para algo que poderia ser menos oneroso ao erário.

[...]

O regime de execução contratual ora previsto pelo RDC pode vir a ensejar a celebração de um negócio jurídico com condições absolutamente desconhecidas pelas partes, desconectadas das reais implicações técnicas e econômicas que serão levadas a efeito durante o ajuste.

Como forma, talvez, de amenizar as críticas, o que ocorre no caso do RDC, a partir do que está estabelecido no §2º, do art.9º⁸ da Lei, é que no instrumento convocatório deverá conter um “anteprojeto de engenharia”, que seria um documento técnico realizado pela Administração de maneira menos complexa do que o projeto básico.

O anteprojeto não apresentaria, por exemplo, soluções técnicas, identificação dos tipos de serviço e os materiais e equipamentos que serão utilizados na obra ou serviço, ou seja, a dúvida quanto o que concretamente seria o objeto da licitação continuaria, o que impossibilita a comparação entre as propostas oferecidas.

Com base na ADI nº 4655, a segunda implicação se refere à possibilidade de se concentrar num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra ou serviço, fato este que a Lei. 8.666 não permite, conforme constata-se adiante em seu art. 9º:

⁸§2ºNo caso de contratação integrada:

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

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

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I – O autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

Como veremos adiante, a própria Lei 12.462 reconhece a incompatibilidade, mas ainda assim abre a ressalva em se tratando da contratação integrada:

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:
I – da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;
II – da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;
III – da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou
.....
.....
§1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo no caso das contratações integradas.

Sendo assim, entende-se que no caso do RDC, com o autor do projeto básico executando a obra ou serviço ficaria fácil pra ele criar condições que lhe fossem vantajosas e ao mesmo tempo prejudiciais a outros concorrentes, como por exemplo, a imposição de características executáveis por pessoa específica.

Resta comprovada então, a afronta, ao art. 37, XXI da CF, pelo claro desvirtuamento de todos os propósitos da licitação constantes neste artigo.

3.2.3. COMPETITIVIDADE

No livro de Alexandre Mazza (pg. 316), identificamos a competitividade como um dos princípios norteadores do procedimento licitatório junto com a isonomia quando ele diz que a licitação foi criada para atender a esses princípios.

A Constituição Federal no art. 37, XXI diz que só se permitirá “as exigências de qualificação técnica e econômica à garantia do cumprimento das obrigações”, ou seja, pelo princípio da competitividade, não podem ser adotadas medidas que dificultem o caráter competitivo do exame.

Segundo a visão de Marçal Justen filho (2008, p. 63), a competitividade é um desdobramento dos princípios republicano e da isonomia:

A licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permite aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração, competindo entre si, em condições de igualdade. O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via da licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a maior qualidade, pagando o menor preço. Rigorosamente, trata-se do desdobramento do princípio mais básico e fundamental que orienta a atividade administrativa do Estado: o princípio da República. Toda atuação administrativa orienta-se à satisfação dos interesses supra-individuais. O administrador não possui disponibilidade do interesse que persegue. Em alguns casos, a Lei faculta ao administrador liberdade para escolher o modo de realizar esse interesse. Surgirá a discricionariedade, que não significa, contudo, liberação do administrador quanto ao fim a perseguir.

Ainda de acordo com Marçal (2008, p. 67), a importância que devemos enxergar na competitividade está no fato de, havendo mais pessoas disputando um processo licitatório, há uma multiplicação de ofertas e da disputa, o que terá como consequência a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas e gerará uma contratação vantajosa para a Administração.

Os artigos ora impugnados, quais sejam, os arts. 29, I e 30, tratam da pré-qualificação permanente. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (2011, p. 600) a pré-qualificação “é uma prévia operação seletiva dos interessados em dado certame ou certames a serem instaurados. Efetua-se fora da licitação”. A própria Lei estabelece que a pré-qualificação é um procedimento anterior a fase da licitação, responsável por identificar:

- I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e
- II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.⁹

Essa pré-qualificação a que busca a Lei nº 12.462/11 restringe sobremaneira o caráter competitivo do processo licitatório tão vantajoso à Administração, como já foi visto, favorecendo a ocorrência de sobrepreço nos contratos. Vale salientar que a Lei de Licitações veda a restrição ao caráter competitivo no §1º do seu art. 3º¹⁰.

⁹ Art. 30 da Lei nº 12.462/11.

¹⁰ §1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante

O objetivo da pré-qualificação é definir as concorrentes habilitadas numa primeira fase. Dados importantes do procedimento licitatório só são conhecidos na segunda fase, ou seja, depois que já se sabem quem são as concorrentes habilitadas.

Diante disso, pelo fato de desconhecerem as características do objeto e dos valores envolvidos na execução, assim como as regras de avaliação e julgamento das propostas, muitas empresas não participam da pré-qualificação, reduzindo consideravelmente o número de concorrentes.

Na Lei de Licitações, a pré-qualificação é uma exceção à regra, ocorre quando “o objeto da licitação recomende análise mais detida de qualificação técnica dos interessados”¹¹. No caso da Lei que institui o Regime Diferenciado de Contratação, a pré-qualificação é prevista para qualquer hipótese de fornecimento de bem e execução de serviço e obra.

Não há, portanto, nenhum caráter de excepcionalidade e sim uma afronta à competitividade, princípio base primordial na licitação, devendo ser declarada não só a inconstitucionalidade dos artigos 29 e 30, mas também das expressões “pré-qualificação” e “e de pré-qualificação” que estão respectivamente nos artigos 7º, II e 15 da Lei nº 12.462/11.

3.2.4. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

Analisando a Lei nº 8.666/93 conclui-se que ela não permite que o Administrador Público firme contratos sem antes definir os elementos que vão estruturar a remuneração. A partir da leitura do art. 55, III, é possível averiguar que o contrato deve estabelecer “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

Já a Lei nº 12.462, em seu art. 10 deixou a opção ao Administrador, desde que motivada e respeitando o limite orçamentário, de estabelecer a remuneração variável, conforme o desempenho da contratada. Prescreve o referido artigo:

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.

para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

¹¹ Art. 114 da Lei nº 8.666/93.

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

De acordo com o os partidos¹², que através de seus presidentes nacionais respectivos, ajuizaram a ADI nº 4645, não é condizente com os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, e consequentemente com o art. 37 da CF, deixar à cargo do gestor público os valores a serem pagos aos contratados, tendo em vista que ao invés de estimular a eficiência na execução dos contratos, estará, na verdade, provocando relações promíscuas entre o público e o privado.

3.2.5. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O art. 15 da Lei nº 12.462, em especial no seu §2º dispensa a publicação em diário oficial quando a licitação de obras não ultrapassar o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em licitações de bens e serviços. Sendo assim, a publicidade será realizada através, apenas, da divulgação em sítio eletrônico oficial.

Essa dispensa a que nos referimos acima, afronta a norma do caput do art. 37 da CF, em relação aos princípios constitucionais da publicidade e moralidade. A finalidade do princípio da publicidade é fazer com que a sociedade tome conhecimento dos atos do Poder Público, para assim, poder fiscalizá-los.

A Constituição Federal só restringe a publicidade dos atos processuais quando da defesa da intimidade ou o interesse social exigirem, esse é o entendimento do inciso LX, do art. 5º¹³. Sobre isso, pertinente o posicionamento da Professora Maria Sylvia (2008, p.70):

Como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público.

Oportuno agora é fazer referência ao dever constitucional de motivação dos atos administrativos, nas palavras de Celso Antônio (2011, p.112):

¹² Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS.

¹³ “LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

No Caso da Lei nº 12.462, a Administração não deu nenhuma razão para a restrição da publicidade em diário oficial nas situações acima citadas. Não se observa nos casos, algo que vá abalar a segurança da sociedade, ou a preservação da intimidade, sendo assim, não se justifica a adoção de tal medida.

Vale salientar que a Administração se utiliza de dois meios para atingir a finalidade do princípio da publicidade: publicação em diário oficial e divulgação em sítio virtual eletrônico, e o primeiro, sem dúvidas, garante uma espécie de registro mais seguro para averiguações no futuro. Isto porque o diário oficial é o “repositório oficial e permanente do registro dos atos estatais”¹⁴.

Há ainda outro artigo da lei impugnada que está em claro confronto com o princípio constitucional da publicidade, no caso, o art. 6º, §3º¹⁵ ao estabelecer que as informações que não estiverem contidas no instrumento convocatório possuirão caráter sigiloso, pois, como já ficou demonstrado, de acordo com a CF, só não haverá publicação de atos atentatórios a segurança nacional e da sociedade e que comprometa a intimidade dos cidadãos.

3.2.6. ATENÇÃO PARA COM OS ARTIGOS 215, 216 E 225, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O que se espera em relação aos artigos 215, 216 e 225¹⁶, IV da CF, é que seja declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução dos dispositivos que vamos citar

¹⁴ Expressão utilizada na Petição Inicial da ADI nº4645.

¹⁵ § 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.

¹⁶ 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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

adiante, apenas para que se tenha uma interpretação que atenda todas as exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental.

Os dispositivos de que trata este tópico são os artigos 4º e 14 da Lei nº 12.462/11:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Estes dispositivos não podem ter como interpretação a possibilidade apenas de aplicação de medidas mitigadoras ou compensatórias, tendo em vista que o instrumento adequado para avaliar a extensão de um dano ambiental, podendo decidir inclusive, pela realização ou não de obras em certos locais é o estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, §1º, IV.

4. CONCLUSÃO

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 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; (Regulamento). (...)

O regime diferenciado de contratação - RDC, instituído pela nº Lei 12.462 foi criado com a intenção de se contratar de uma forma mais célere as obras e serviços dos eventos esportivos que ocorrerão no país nos próximos anos.

Ocorre que a lei citada surgiu de uma conversão da Medida Provisória nº 527, na qual houve uma adição, por parte do relator, de emendas sem nenhuma pertinência com o tema originário, além do que, a medida foi adotada sem respeitar os pressupostos para adoção de emenda, quais sejam, relevância e urgência. Isto configurou uma afronta a dispositivos da Constituição Federal, o que poderá levar, no futuro, a uma possível declaração de inconstitucionalidade da lei.

Fora isso, dentro do texto da lei foi possível identificar várias falhas, vários dispositivos que claramente confrontam artigos da Constituição Federal e das normas gerais aplicadas às licitações. Primeiramente cabe falar sobre a possibilidade oferecida pela lei de a Administração Pública optar pela utilização do regime que achar mais conveniente às contratações. Como sabemos, a licitação da Lei nº 8.666 é a regra geral para as contratações realizadas pela Administração, e ela só deverá ser dispensada em casos específicos ressaltados pela própria lei.

Outro ponto controverso é o da contratação integrada, que exclui a exigência da apresentação do projeto básico, inserindo em seu lugar o “anteprojeto de engenharia” muito menos específico e que gerará uma incerteza quanto ao que está sendo contratado e o consequente desconhecimento sobre o valor que será despendido para a execução.

Além disso, questões como a competitividade e a publicidade estarão prejudicadas com a adoção do regime diferenciado de contratação, uma vez que, com o instituto da pré-qualificação haverá uma prévia seleção de quem poderá participar do certame, excluindo pessoas que possivelmente gostariam de concorrer. E sobre a publicidade, o fato da lei dispensar a publicação em diário oficial na contratação de certas obras e serviços, é prejudicial tendo em vista a obrigatoriedade da Administração Pública publicar seus atos, principalmente se tratando do meio mais eficaz para atingir esse objetivo.

Em se tratando da remuneração variável, a Lei nº 12.462, deixou a cargo do ente administrativo a escolha pelo valor da remuneração de acordo com o desempenho da contratada. Fica claro que a partir dessa previsão se tomará conhecimento de muitas relações entre o público e o privado que desabonarão a moralidade.

Por fim, e não menos importante, pela preocupação com o meio ambiente, deve-se observar e seguir o que diz a Carta Magna sobre esse respeito. Na Lei do RDC, de certa forma, permitiu o legislador uma interpretação desconforme com a CF e é nesse aspecto onde

a Administração deve ter muito cuidado ao realizar suas contratações. Isto porque é dever do Poder Público preservar o nosso meio ambiente.

Em suma, tem muitos motivos e argumentos que podem tornar o RDC, ou parte dele inconstitucional. Isso está a cargo do STF que em momento oportuno julgará as duas ações diretas de inconstitucionalidade contra o referido regime.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3288*. Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 24.02.2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadormapub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2237653. Acesso em: 05 de maio de 2012.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2736*. Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 29.03.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadormapub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621140>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, *Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL, *Lei nº 12.396 de 21 de Março de 2011*. Ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12396.htm. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL, *Lei nº 12.462 de 04 de Agosto de 2011*. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. Medida Provisória nº 527. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. *Parecer do Relator, pela Comissão Mista, à Medida Provisória nº 527 de 2011, e às emendas a elas apresentadas*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=0B5C309462DFFAE9EA599C7A444D4A37.node2?idProposicao=495378. Acesso em: 22 de março de 2012.

BRASIL. *Petição Inicial da ADI nº 4645, 2011.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL, *Petição Inicial da ADI nº 4655, 2011.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 217.162.* Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 26.02.1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+217162%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+217162%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMMAROSANO, Márcio; DALPOZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.