

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### **1. BREVE HISTÓRICO DA LICITAÇÃO NO BRASIL: A ATUAL TENDÊNCIA LEGISLATIVA DE FLEXIBILIZAÇÃO E A INCORPORAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO**

#### **2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO RDC**

#### **3. ASPECTOS GERAIS DO RDC**

#### **4. A LEI Nº 12.462/2011 E SEUS ASPECTOS POLÊMICOS: ARGUMENTOS DAS ADINS 4.645 e 4.655 E OUTROS APONTAMENTOS**

##### **4.1. As alegações de inconstitucionalidade formal**

##### **4.2. As alegações de inconstitucionalidade material**

##### **4.2.1. *Da delegação dada ao Poder Executivo para a escolha do regime de licitação aplicável***

##### **4.2.2. *Da contratação integrada e da possibilidade de promover a licitação sem o projeto básico***

##### **4.2.3. *Da pré-qualificação permanente***

##### **4.2.4. *Da previsão da possibilidade de remuneração variável***

##### **4.2.5. *Da dispensa de publicação em Diário Oficial***

##### **4.2.6. *Da presunção de sigilo de orçamento***

##### **4.2.7. *Da interpretação do RDC quanto às questões ambientais***

##### **4.3. Outros entendimentos acerca das supostas inconstitucionalidades da Lei nº 12.462/2011**

##### **4.3.1. *Argumentos que defendem a constitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011***

##### **4.3.2. *O Administrador Público como legitimado para identificar o objeto a ser licitado***

##### **4.3.3. *A contratação integrada coadunada à celeridade e à eficiência das contratações públicas***

##### **4.3.4. *A pré-qualificação permanente e a sua contribuição para a celeridade dos procedimentos licitatórios***

##### **4.3.5. *A remuneração variável como um estimulante para a eficiência das contratações públicas***

##### **4.3.6. *O sigilo de orçamento e a dispensa de publicação em Diário Oficial frente aos princípios licitatórios da publicidade e da economicidade***

##### **4.3.7. *As questões ambientais no RDC***

### CONCLUSÃO

## INTRODUÇÃO

A licitação pública é um procedimento administrativo vinculado e formal empregado pela Administração Pública direta ou indireta sempre que houver a necessidade de contratar serviços ou adquirir bens de particulares, destinando-se, a partir de critérios objetivos, a celebrar um contrato, conferindo uma relação jurídica entre sujeitos públicos e privados.

Assim, olhando para a história, é possível notar que o tema das licitações no Direito é antigo. Há muito tempo, os textos legais já tratavam de temáticas consideradas essenciais na atualidade. A razão de ser da licitação perpassa por princípios constitucionais e administrativos que, coadunados às disposições legais, estabelecem fundamentos e limites para à atuação da Administração Pública.

De fato, é inegável a visibilidade atual do Brasil na comunidade internacional, já que este tem a responsabilidade em hospedar eventos desportivos a partir do ano de 2013 (Copa das Confederações da FIFA em 2013; Copa do Mundo FIFA em 2014; Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016). Além disso, a possibilidade de novas oportunidades econômicas e de movimentação financeira também contribuem para impulsionar o crescimento econômico do país.

Contudo, argumenta-se que a atual Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) é morosa, formal e burocrática em demasia e que, em virtude dessas características, as obras e os serviços de infraestrutura e aqueles relacionados aos eventos desportivos seriam atrasados ou até mesmo inviabilizados. Sendo assim, em busca de uma regulação menos procedimentalizada e, conseqüentemente, mais célere, optou-se pela instituição do Regime Diferenciado de Contratações (doravante RDC), introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.462/2011, objetivando conferir maior agilidade aos processos licitatórios, sem deixar de assegurar a qualidade dos produtos e dos serviços prestados.

Polêmico desde a sua tramitação no Congresso Nacional e confrontante em muitos aspectos com a Lei Geral de Licitações, as inovações trazidas pelo RDC foram alvo de grandes discussões, ocasionando, inclusive, a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs 4.645 e 4.655), que suscitam não só a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011, como também a sua inconstitucionalidade material.

Dividido em 4 capítulos, o presente trabalho destina-se a examinar as principais discussões e formulações teóricas em torno do RDC. Para tanto, primeiramente apresenta a

evolução histórica da legislação brasileira no que se refere às licitações públicas, evidenciando a reação negativa em torno da Lei nº 8.666/1993 e a atual tendência legislativa de flexibilização das normas licitatórias, inserindo o Regime Diferenciado de Contratações nesse contexto.

Em sequência, com o objetivo de situar o estudo do tema proposto, volta-se para uma breve exposição da tramitação do RDC no Congresso Nacional e, posteriormente, para os aspectos gerais do novo regime, apresentando os seus objetivos, âmbito de incidência, princípios e diretrizes.

Finalmente, foca-se nos aspectos mais polêmicos da Lei nº 12.462/2011, apresentando os argumentos suscitados pelas ADINs 4.645 e 4.655 no que se refere às supostas inconstitucionalidades formais e materiais do RDC. Ainda, tendo em vista a pendência de julgamento das referidas ações pelo Supremo Tribunal Federal e com o objetivo de enriquecer o debate acerca do tema, expõe quais são os argumentos contrários a essas supostas inconstitucionalidades, para, enfim, demonstrar a que veio o RDC.

## **1. BREVE HISTÓRICO DA LICITAÇÃO NO BRASIL: A ATUAL TENDÊNCIA LEGISLATIVA DE FLEXIBILIZAÇÃO E A INCORPORAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO**

O tema das licitações é dos mais tradicionais do Direito Administrativo. Por isso, falar em licitação no Brasil envolve toda a história de construções e reformas legais. O objetivo do primeiro capítulo deste trabalho é traçar brevemente a evolução legislativa vivenciada pelo Brasil no tocante à licitação, de modo a proporcionar um panorama geral da evolução legislativa e o melhor entendimento quanto à tendência legislativa onde se insere o atual Regime Diferenciado de Contratações.

A primeira fase das licitações públicas no Brasil teve início com o Decreto-legislativo nº 4.536, de 28/01/1922, que organizava o Código de Contabilidade da União, e com o Decreto nº 15.783, que dispunha sobre o Regulamento Geral de Contabilidade Pública. O Regulamento Geral da Contabilidade Pública normatizava o Código de Contabilidade da União, que, por sua vez, dispunha as diretrizes gerais sobre o procedimento licitatório.<sup>1</sup> Como bem observa Carlos Pinto Coelho Motta, a contribuição deste Código para o instituto da licitação é de grande importância, sendo certo que muitos dos seus dispositivos ainda mostram-se atuais. A título de exemplo, os dispositivos do Código dispunham sobre o julgamento prévio da idoneidade do proponente, a preferência ao proponente nacional (hoje regra do art. 171 da Constituição Federal de 1988), a obrigatoriedade da escolha da proposta mais barata, a submissão das propostas ao edital, entre outros.<sup>2</sup>

Na época do Código de Contabilidade da União e de seu Regulamento, a expressão “licitação pública” ainda não era adotada, limitando-se a fazer referência às “concorrências” de forma genérica.<sup>3</sup> Em suma, nesse primeiro período, havia uma disciplina sucinta das concorrências. Na verdade, os trâmites processuais não eram pormenorizados, restando aos administradores e agentes públicos fazê-lo por meio dos editais. Dessa forma, os editais concorrenciais eram tidos como grandes instrumentos de regulação das licitações públicas, já

---

<sup>1</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 35.

<sup>2</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.3-4

<sup>3</sup> ROSILHO, André. *Op. cit.*, p. 38.

que eram nestes onde ocorriam os detalhes e as exigências referentes ao procedimento licitatório, sendo possível, inclusive, ampliar ou diminuir o acesso dos proponentes ao certame.<sup>4</sup>

Em 1967, derogando parcialmente os dispositivos do Código de Contabilidade da União, foi editado o Decreto-Lei nº 200 que, em suma, procurou estabelecer nacionalmente os procedimentos e requisitos essenciais das licitações.<sup>5</sup> Dessa forma, no concernente à contratação de compras, obras e serviços, o decreto-lei instituiu o dever geral de licitar para a Administração Direta e autarquias,<sup>6</sup> apenas excepcionando sua aplicação em algumas hipóteses. Observa-se que o diploma normativo em comento manteve uma ampla margem de liberdade da Administração Pública na regulação das contratações públicas,<sup>7</sup> apesar da sua tentativa sutil de restringir a discricionariedade do Administrador Público em alguns casos.<sup>8</sup> Por conseguinte, a Lei nº 5.456/1968 ampliou a incidência do Decreto-Lei nº 200/1967 aos Estados e Municípios.<sup>9</sup>

Com o objetivo de revogar os dispositivos do Decreto-Lei nº 200/1967, editou-se o Decreto-Lei nº 2.300 em 1986, o qual rompia com o modelo legislativo anterior, separando, pela primeira vez, as licitações e contratos das finanças e da organização administrativa do Estado.<sup>10</sup> Considerado o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 tratou-se de um diploma normativo pormenorizado, reduzindo consideravelmente a discricionariedade da Administração Pública no tocante à regulação das licitações e contratos administrativos.

---

<sup>4</sup> ROSILHO, André. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>5</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 60.

<sup>6</sup> Vide o revogado art. 125 do Decreto-Lei nº 200/1967.

<sup>7</sup> Pela leitura do art. 133 do Decreto-Lei nº 200/1967, a fixação de critérios para julgamento das licitações, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos, entre outras pertinentes, eram levadas em conta de acordo com o interesse do serviço público. Para André Rosilho (*Op. cit.*, p. 55), na expressão “no interesse do serviço público” poderiam, desde que justificada pela autoridade competente, “ser declaradas vitoriosas tanto a proposta de melhor preço como a de melhor técnica, tudo a depender dos critérios estabelecidos no edital de licitação e do tipo de objeto a ser contratado”, evidenciando, assim como no período anterior, que era o edital o responsável por eleger a forma mais adequada de escolha das melhores propostas.

<sup>8</sup> Uma tentativa de restrição da discricionariedade do Administrador Público foi a instituição da “dispensa por emergência”, nos termos do revogado art. 126, §2º, alínea “h” e §3º do Decreto-Lei nº 200/1967. Como bem explica André Rosilho (*Op. cit.*, p. 53), “procurou-se detalhar o que caracterizaria uma situação emergencial para os efeitos do diploma normativo e, além disso, responsabilizar o funcionário público que erroneamente dispensasse a licitação”.

<sup>9</sup> Art. 1º da Lei nº 5.456/1968: “Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta Lei”.

<sup>10</sup> ROSILHO, André. *Op. cit.*, p. 69.

Dentre as principais inovações trazidas pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986, temos a ampliação do dever de licitar às sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.<sup>11</sup> Contudo, assim que editassem seus regulamentos próprios por meio da autoridade ministerial competente, as referidas entidades poderiam deixar de observar as regras licitatórias do Decreto-Lei nº 2.300/1986.<sup>12</sup> Quanto a esse aspecto, vale destacar a interpretação feita por André Rosilho:

[...] a submissão imediata das empresas estatais e fundações às determinações do Decreto-lei 2.300/1986 teve o nítido fim de evitar que elas se valessem de subterfúgios para se evadirem da obrigação de licitar. Em momento algum a legislação – ou aqueles que participaram da sua elaboração – afirmou que seria adequado que o modelo legal da legislação brasileira sobre licitações públicas fosse unitário, tratando igualmente entes distintos. Pelo contrário, foi expressamente admitida a necessidade de adequar os procedimentos licitatórios às necessidades específicas de certas figuras da Administração.<sup>13</sup>

O referido diploma normativo foi marcado por um nítido detalhamento de suas normas, reduzindo, dessa forma, a liberdade de atuação do Administrador Público. A título de exemplo, isso pode ser observado pela documentação exigida pelo processo de habilitação e pela descrição minuciosa das hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação.<sup>14</sup>

Dada a evolução legislativa, nota-se que os principais diplomas normativos de licitação, na figura do Decreto-Lei, até então eram editados pelo Poder Executivo.<sup>15</sup> Esse cenário modificou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que através de seus preceitos democráticos, inaugurava um novo período político-institucional no país.

A partir da Constituição Federal de 1988, passou-se a definir diretrizes essenciais que deveriam ser observadas pela Administração Pública e pelo legislador infraconstitucional no que concerne ao dever de licitar.<sup>16</sup> A licitação passou a ter *status* de norma constitucional, conferindo a obrigação de licitar para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (princípio da obrigatoriedade da

---

<sup>11</sup> Art. 86, *caput*, do Decreto-Lei nº 2.300/1986: “As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, e pelas entidades referidas no artigo anterior, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, inclusive as vedações contidas no parágrafo único do artigo 85, ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei”.

<sup>12</sup> Art. 86, §1º, do Decreto-Lei nº 2.300/1986: “Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Federal, após aprovados pela autoridade de nível ministerial a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados no Diário Oficial da União”.

<sup>13</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 71.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 73-75.

<sup>15</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 6.

<sup>16</sup> ROSILHO, André. *Op. cit.*, p. 91.

licitação).<sup>17</sup> Dessa maneira, toda a prestação de serviços públicos, inclusive aquela sob o regime de concessão ou permissão, deveria ser precedida de licitação.<sup>18</sup> Além disso, fora estabelecido a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.<sup>19</sup>

Adequando-se às normas da Constituição Federal de 1988, foi publicada a atual Lei nº 8.666/1993 que, consagrando regras e princípios provenientes dos diplomas normativos anteriores, disciplinou normas gerais sobre licitações. Concebida com base no modelo de licitações trilhado pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986, a também chamada Lei Geral de Licitações intensificou a “ideia de que as normas jurídicas seriam capazes de objetivamente fornecer todos os parâmetros adequados e necessários à boa contratação, minimizando, a todo custo, o papel dos agentes públicos nos processos de compras governamentais”.<sup>20</sup>

As normas precisas e detalhistas da Lei nº 8.666/1993 nasceram em momento oportuno, no qual a corrupção tomava lugar no cenário das contratações públicas. Por isso, seguindo a tendência legislativa da época, a Lei Geral de Licitações foi elaborada no sentido de afastar cada vez mais o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público do campo das contratações públicas. De acordo com Jessé Torres Pereira Junior, as inovações da Lei Geral de Licitações à época buscavam:

(a) ampliar a aplicação das normas gerais do novo estatuto à Administração dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades vinculadas; (b) melhor caracterizar o dever geral de licitar e as hipóteses que o excepcionam; (c) traçar definições objetivas sobre figuras que passaram a ocupar posição de relevo na conceituação legal; (d) vincular a Administração a regras mais exigentes para elaboração de editais e o julgamento de propostas; (e) criar procedimentos especiais para o processamento de determinados tipos e regime de licitação; (f) assegurar o direito à ampla defesa em caso do desfazimento do processo licitatório (por revogação ou anulação).<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Redação original do art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988: “A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, as 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”.

<sup>18</sup> Art. 175 da Constituição Federal de 1988: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

<sup>19</sup> Pela redação original do art. 22, XXVII da Constituição Federal de 1988: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

<sup>20</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 91.

<sup>21</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 3.

Contudo, a adoção de caráter procedimental altamente minucioso fez com que a aplicação da Lei Geral de Licitações se tornasse um tanto complexa, abalando profundamente a qualidade da gestão pública,<sup>22</sup> sendo, por isso, alvo de muitas críticas.<sup>23</sup> Dessa forma, além de ter sido emendada e modificada por sucessivas Medidas Provisórias, a Lei Geral de Licitações, ao longo dos anos, passou por diversas alterações normativas que buscavam abrandar a sua rigidez.<sup>24</sup> Dentre essas alterações normativas, podemos citar o acréscimo de diversas hipóteses de dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº 8.666/1993)<sup>25</sup> e a exigência do seguro-garantia apenas em obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (art. 56, §3º da Lei nº 8.666/1993).<sup>26</sup> Ainda, parte dessas alterações “derivou da aplicação prática da lei, configurando o fenômeno conhecido como mutação normativa, que consiste na alteração da disciplina jurídica sem a modificação do seu texto”.<sup>27</sup>

A referida lei também sofreu “o impacto de um plano econômico e de várias leis e decretos posteriores”.<sup>28</sup> Um desses impactos foi gerado pela instituição da modalidade licitatória do Pregão, introduzida por meio da Lei nº 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns. Como bem explica André Rosilho, “esse diploma normativo rompeu com a lógica da Lei nº 8.666/1993, instituindo uma disputa efetiva por contratos públicos e aumentando os incentivos para a redução de dispêndios por parte da Administração”.<sup>29</sup> As

---

<sup>22</sup> ROSILHO, André. *Op. cit.*, p.147.

<sup>23</sup> Ponderando tais críticas, Carlos Pinto Coelho Motta (**Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 7) observa: “[...] foi sábio o legislador ao analisar, como uma das grandes falhas da normatização licitatória, a ausência de texto regulamentador do Decreto-lei 2.300/86. Isso posto, observa-se que o caráter minudente da Lei 8.666/96 tem sua razão de ser, tornando a sua aplicação independente de um acervo de atos normativos supervenientes e permitindo-lhe concentrar, enquanto lei nacional, todo o espectro interpretativo potencial. Com o texto mais exaustivo, a tendência é a unificação de procedimentos – embora não fique solucionada a antiga questão do que deve ser considerado norma geral”.

<sup>24</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. pp. 193-194.

<sup>25</sup> Tais acréscimos foram feitos pelas Leis nº 8.883/1994, 9.648/1998, 10.973/2004, 11.107/2005, 11.445/2007, 11.484/2007, 11.783/2008, 12.188/2010 e 12.349/2010.

<sup>26</sup> Modificação inserida pela Lei nº 8.883/1994.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 13.

<sup>28</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.8.

<sup>29</sup> ROSILHO, André. *Op. cit.*, p. 195.

principais inovações deste diploma legal foram: a inversão de fases,<sup>30</sup> a previsão de lances verbais e sucessivos<sup>31</sup> e a presença de uma única fase recursal no certame.<sup>32</sup>

Seguindo essa tendência, em 2006, foi editada a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto das Médias e Pequenas Empresas), conferindo alguns privilégios às micro e pequenas empresas no que tange ao tema das licitações.<sup>33</sup> A título de exemplo, um desses privilégios diz respeito ao fato de que as microempresas e as empresas de pequeno porte passaram a ter preferência de contratação no caso de desempate (art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006).

Uma recente alteração normativa foi feita pela Lei nº 12.349/2010, que realizou uma grande reforma na Lei nº 8.666/1993 no que diz respeito aos objetivos a serem buscados nas contratações públicas: ao lado da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, foi inserida como nova finalidade das contratações públicas a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), evidenciando, assim, que a proposta mais vantajosa nem sempre é aquela com o menor preço, mas sim aquela que mais procure atender ao interesse público.<sup>34</sup>

Como podemos observar, após a criação da Lei nº 8.666/1993, foram realizadas modificações normativas pontuais atinentes à licitação, rompendo aos poucos com a lógica a que a referida lei originalmente se propunha. Da mesma forma, foram surgindo legislações buscando modificar o regime de contratações públicas para grupos específicos, seja suprimindo as lacunas da Lei Geral de Licitações, seja atualizando o processo licitatório brasileiro de acordo com as necessidades da Administração e da sociedade. É o caso, por exemplo, da Lei

---

<sup>30</sup> Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, no sistema de pregão, somente é necessário examinar os documentos referentes à habilitação do vencedor do certame (art. 4º, XII, Lei nº 10.520/2002). Dessa forma, conforme observa José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 288), “resta simplificado, sem qualquer dúvida, o procedimento de verificação desses documentos, sendo forçoso reconhecer que tal exame é trabalhoso e demorado se for feito em relação a todos os participantes da licitação”. Havendo a inabilitação do vencedor, analisar-se-á a documentação daquele que tiver sido classificado em segundo lugar no certame, e assim por diante.

<sup>31</sup> Art. 4º, VIII da Lei nº 10.520/2005: “no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor”. Art. 4º, IX da Lei nº 10.520/2002: “não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos”.

<sup>32</sup> De acordo com o art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002, a interposição e recurso só é possível ao final da sessão e após ser declarado o vencedor.

<sup>33</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 181.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 183.

das Concessões (Lei nº 8.987/1995) e da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), que instituíram alterações nos procedimentos licitatórios prescrito por elas.<sup>35</sup>

Na mesma tendência das leis supracitadas, insere-se a Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação (doravante RDC) no cenário das contratações públicas, afastando do seu campo de aplicação a Lei nº 8.666/1993 e elegendo novas condições e procedimentos para as contratações públicas destinadas à realização de eventos esportivos (Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016) e à adequação da infraestrutura nacional (portos, estradas) através do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Ora, era necessário, por exemplo, investir com eficiência e celeridade em obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação, distantes até 350 (trezentos e cinquenta) quilômetros das cidades sedes dos mundiais citados (art. 1º, III da Lei nº 12.462/2011).

Ao que parece, ao afastar a regência da Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 12.462/2011, por meio do RDC, busca possibilitar em tempo suficiente a construção da infraestrutura necessária para a realização desses eventos esportivos, evidenciando a tendência legislativa para uma mitigação das regras licitatórias expostas na Lei nº 8.666/1993. Quanto a essa tendência, elucidam Moreira e Guimarães:

[...] a tradicional LGL [Lei Geral de Licitações] está em processo de extinção, por meio da expulsão normativa do seu habitat natural. Há cada vez menos espaço fático para a LGL viver: atualmente, ela continua sendo um animal forte e robusto, resistente ao máximo, mas com ambiente de aplicação muito menor e, por isso mesmo, pouco tempo de sobrevivência. Os ventos sopram no sentido de sua extinção.

E o mesmo se diga quanto à construção doutrinária e à aplicação da LGL pelo Poder Judiciário e Tribunais de Contas, onde a norma assume o seu real significado. Aqui, muito embora ela tenha experimentado significativa evolução, fato é que a experiência concreta comprovou que a LGL não tem condições de transpor determinadas barreiras. Fez-se necessário, portanto, aprender com a experiência jurisprudencial e acadêmica, e assim cultivar novas espécies licitatórias.<sup>36</sup>

Historicamente falando, os procedimentos licitatórios inicialmente continham regras que conferiam à Administração ampla liberdade. Conforme podemos notar por meio da breve exposição feita até aqui, a partir de um pouco mais da metade do século XX, a regulação das licitações públicas passou a ser cada vez mais densa, restringindo a liberdade de atuação do

---

<sup>35</sup> Seguindo essa mesma tendência, também temos as seguintes leis: Lei nº 8.958/1994 (Lei das Fundações de Apoio), Lei nº 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações), Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais), Lei nº 9.790/1999 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e Lei nº 12.232/2010 (Lei das Agências de Publicidade).

<sup>36</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 26.

Administrador Público, atingindo o seu ápice com a edição a Lei nº 8.666/1993. Esse modelo rígido de legislação, contudo, já apresenta indícios de exaustão, o que pode ser demonstrado pela edição de novos diplomas licitatórios que buscam afastar, de uma maneira ou de outra, o campo de atuação da Lei nº 8.666/1993.

Em suma, a Lei Geral de Licitações acaba não sendo condizente com o princípio da eficiência administrativa devido à quatro elementos: a generalidade, a burocracia, a morosidade e a onerosidade. É o que salienta Marcos Juruena:

[...] impunha-se a apresentação de respostas às críticas quanto ao formato das licitações da Lei nº 8666/93, a saber, a generalidade, já que a mesma lei destinava tanto a compra de clipes quanto para construção de uma usina nuclear; a burocracia, eis que a lei estava pensada para um rigoroso exame de documentos, cada vez mais complexos e detalhistas; instituiu-se um “campeonato de papelada” – vencia quem sabia melhor cumprir a burocracia; a morosidade, eis que como visto o processo centrado na papelada e não nas propostas se tornava demasiado lento, sem o necessário proveito em termos de qualidade e preço; e a onerosidade tanto para a Administração como para o particular.<sup>37</sup>

Revela-se, então, a tendência legislativa pela busca de regramentos que visam à eficiência administrativa e à celeridade. Percebe-se que a preocupação atual do legislador reside na tentativa de aprimorar o campo das licitações públicas com normas cada vez menos gerais, afastando a burocracia, a morosidade e, conseqüentemente, diminuindo os custos para a Administração Pública. É nesse contexto que se insere o atual Regime Diferenciado de Contratação, que além de introduzir inovações no âmbito das contratações públicas, também repetiu algumas regras de outras legislações específicas.<sup>38</sup>

Contudo, como de praxe no Direito, as controvérsias surgem. No caso do RDC, é oportuno dizer que, para alguns, o novo regime seria uma afronta à moralidade e às conquistas da sociedade,<sup>39</sup> colocando em risco o instituto da licitação. Outros, porém, questionam a inadequação das normas gerais da Lei nº 8.666/1993, alegando o seu alto teor burocrático, considerando que o RDC dera um passo significativo rumo à desburocratização e à eficiência estatal. Há também aqueles que simplesmente questionam a viabilidade de alguns dos institutos previstos no novo regime.<sup>40</sup> Assim, sendo os pontos atinentes ao RDC o objeto de

---

<sup>37</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 560-561.

<sup>38</sup> É o caso da inversão de fases, prevista pela primeira vez na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), e da contratação integrada, inserida pelo Decreto nº 2.745/1998 (Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras).

<sup>39</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 18.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Prefácio. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

investigação do presente trabalho, trataremos das suas principais controvérsias nos próximos capítulos.

## 2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO RDC

Antes da instituição do RDC no ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Executivo já havia tentado, de maneira infrutífera, através das Medidas Provisórias nº 489/2010, 503/2010 e 521/2010, estabelecer normas especiais para a regulação das licitações e contratos relativos à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

A primeira tentativa se deu com a Medida Provisória nº 489/2010, que continha normas aplicáveis às licitações e contratos atinentes às obras e serviços referentes àqueles eventos esportivos internacionais. Contudo, a referida medida provisória perdera a eficácia, uma vez que não fora apreciada pelo Congresso Nacional no prazo estipulado constitucionalmente.<sup>41 42</sup>

---

<sup>41</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentário à Lei nº 12.462 de 2011**. Brasília: Senado Federal; Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, ago. 2011. p. 7. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em 27 nov. 2013.

<sup>42</sup> De acordo com o §3º do art. 62 da Constituição Federal de 1988, as medidas provisórias perdem a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias.

A segunda tentativa se deu durante a tramitação da Medida Provisória nº 503/2010. Na ocasião, a referida medida provisória recebera uma emenda no mesmo teor da Medida Provisória nº 489/2010. A “emenda Magela”,<sup>43</sup> como ficou conhecida, fora rejeitada, não constando, assim, nas disposições da Lei nº 12.396/2011, na qual fora convertida a Medida Provisória nº 503/2010.<sup>44</sup>

A terceira tentativa infrutífera teve lugar quando da tramitação da Medida Provisória nº 521/2010. A então relatora, deputada Jandira Feghali, apresentou parecer que concluía pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão nº 11/2011. O referido projeto de lei continha 53 artigos sobre o RDC, fazendo com que surgissem fortes resistências ao seu teor, visto se tratar de matéria estranha ao conteúdo original da Medida Provisória nº 521/2010. Dessa maneira, ante tais resistências, aprovou-se no Plenário da Câmara uma nova versão do projeto de lei, onde não mais continha normas relativas ao RDC. Mais tarde, a medida provisória perdeu a eficácia antes da sua deliberação no Plenário do Senado Federal.<sup>45</sup>

Com a tramitação da Medida Provisória nº 527/2011, o poder Executivo enfim obteve sucesso na tentativa de ver aprovado o RDC. Inicialmente, a referida medida provisória alterava a Lei nº 10.683/2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Ainda, além de dispor sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, previa a criação da Secretaria de Aviação Civil, de cargos de Controlador de Tráfego Aéreo e de cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão.

No decorrer de sua tramitação na Câmara dos Deputados, o Deputado e Relator José Guimarães, no dia 15 de junho de 2011, apresentou parecer de Plenário que concluía pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 2011. No entanto, tal projeto de lei fez com que as previsões iniciais da medida provisória passassem a ter caráter acessório, uma vez que foi acrescentado ao seu teor um capítulo com 47 (quarenta e sete) artigos, regulando o chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), o qual seria aplicado às licitações e aos contratos administrativos necessários à realização de eventos internacionais esportivos (Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos

---

<sup>43</sup> A emenda ficou assim conhecida por ter sido apresentada inicialmente pelo então deputado Geraldo Magela (PT-DF) quando da tramitação da Medida Provisória nº 489/2010.

<sup>44</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. *Op. cit.*, p.7.

<sup>45</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. *Op. cit.*, pp.7-8.

Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016).<sup>46</sup> Assim, nasceu a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC no ordenamento jurídico brasileiro, afastando a Lei nº 8.666/1993 do campo das licitações e contratações a serem realizadas em razão dos referidos eventos esportivos. Segue, abaixo, a ementa da lei atinente ao novo regime:

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.

Como se pode notar por meio da ementa supracitada, a instituição do RDC é a única matéria estranha ao conteúdo original da Medida Provisória nº 527/2011. O relator do projeto de lei defendeu a relação do RDC com o texto original da Medida Provisória nº 527/2011 por meio da seguinte alegação:

Ao contrário do que ocorreu em oportunidades anteriores, a Relatoria enxerga na medida provisória, sobre a qual se refere o presente parecer, grande relação e pertinência com o tema. É que não se vislumbram efeitos práticos na alteração institucional sugerida para o setor da aviação civil sem que simultaneamente se atribuam aos titulares de seus postos as condições indispensáveis à solução em caráter emergencial do problema mais notório da área, a precária estrutura que hoje caracteriza a totalidade dos aeroportos brasileiros.

Entre esta data e a realização de eventos esportivos de repercussão mundial, que trarão ao País uma quantidade inédita de visitantes, torna-se necessária a realização de obras de grande vulto, cuja efetivação poderá se tornar inviável sob a égide das regras hoje voltadas a disciplinar licitações e contratos administrativos realizadas e celebrados pelo poder público.<sup>47</sup>

Contudo, este continua sendo o motivo de uma das polêmicas desencadeadas pelo novo regime de contratações. Na verdade, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs 4.645 e 4.655) foram ajuizadas no STF, ambas com arguições de

---

<sup>46</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentário à Lei nº 12.462 de 2011**. Brasília: Senado Federal; Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, ago. 2011. p. 7. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em 27 nov. 2013.

<sup>47</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. 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\\_mostrarintegra?codteor=892096&filename](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892096&filename)>. Acesso em 27 nov. 2013.

inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 12.462/2011, as quais apresentaremos mais adiante.

### 3. ASPECTOS GERAIS DO RDC

O RDC é considerado norma geral de licitação e de contratos administrativos autônoma. Trata-se de uma “*norma geral-especial*, pois configura, ao mesmo tempo, uma *norma geral de licitações públicas* e uma *norma especial em relação às demais leis que disciplinam licitações públicas*”.<sup>48 49</sup>

---

<sup>48</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 39.

<sup>49</sup> Em sentido diverso, Maurício Zockun entende que não há que se falar em lei especial veiculada em norma geral. Para o autor, a Lei nº 12.462/2011 é somente *lei especial*, pois “sob seu campo de incidência está um plexo muito restrito de situações fáticas e, portanto, de relações jurídicas capaz de serem entabuladas pelo poder público”. Mais adiante, o autor prossegue: “A Lei Federal nº 12.462 desceu aos pormenores que lhe interditam a qualificação como norma geral, nem mesmo se ocupando de fixar garantias mínimas para tutela do interesse

Assim sendo, ao mesmo tempo em que trata de forma genérica as licitações e contratos, a Lei nº 12.462/2011 é também lei especial porque trata das licitações e contratos exclusivamente às obras e serviços das hipóteses mencionadas em seu art. 1º e em seu §3º:

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

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

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

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

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. [...]

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

Com efeito, grande parte da doutrina entende que, sendo norma geral, a Lei nº 12.462/2011 não deveria ser lida com um viés interpretativo da Lei nº 8.666/1993 e de outros diplomas referentes à licitação, como, por exemplo, a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão).

De toda forma, a adoção do RDC é facultativa. Logo, a sua adoção não se presume, pois, conforme estabelece o §2º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011, se não houver menção expressa no instrumento convocatório, a licitação deverá ser regida pela Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993):

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de **forma expressa** do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei. (grifo nosso)

Isso quer dizer que, caso não conte no instrumento convocatório a opção pelo RDC, a licitação deverá observar, obrigatoriamente, as regras gerais da licitação exposta na Lei nº 8.666/1993.

Então como proceder no caso de existência de eventuais lacunas na Lei nº 12.462/2011, já que a Lei nº 8.666/1993 foi expressamente afastada pelo Regime

---

público.” (ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 25-26.)

Diferenciado de Contratações? Para Rafael Oliveira e Rafael Freitas, “as omissões normativas devem ser superadas, especialmente pela necessidade de segurança jurídica e sistematicidade do ordenamento”. Dessa forma, os autores entendem que não há “qualquer prejuízo na aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 ou de outros diplomas legais, [...] desde que tais normas sejam compatíveis com àquelas previstas na Lei nº 12.462/11”. No caso de aquisição de bens e serviços comuns, por exemplo, o ideal seria a aplicação subsidiária da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), que confere tratamento mais célere a esses tipos de contratações.<sup>50</sup> Em sentido diverso, temos Ribeiro, Prado e Pinto Junior, que entendem que eventual aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 acarretaria uma limitação dos efeitos do RDC:

[...] o grande parâmetro para suprir omissões legislativas sobre o tema das licitações, que é a Lei Federal nº 8.666/93, foi expressamente afastado pelo RDC, o que, aliás, significa que nem mesmo aplicação subsidiária ela deveria ter sobre os casos submetidos ao RDC.

[...]

Em relação ao RDC, o regulamento, consubstanciado no Decreto nº 7.581/11, será central para evitar que sub-repticiamente as regras da Lei Federal nº 8.666/93, que possuem em vários aspectos lógica muito diversa do RDC, tornem-se – ainda que apenas de fato – as regras subsidiárias ao RDC. É difícil, contudo, mesmo a vista do regulamento, ter clareza sobre como se comportará a prática administrativa, a doutrina e a jurisprudência na tarefa de interpretação do RDC. O que é possível fazer neste momento é tentar identificar no regulamento pontos que foram tratados de maneira inadequada, e que, por isso, limitarão os efeitos do RDC, imprimindo na sua aplicação uma lógica inspirada na tradição em torno da Lei nº 8.666/93.<sup>51</sup>

Quando da sua edição, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 1º, previa a aplicação do RDC exclusivamente à realização de licitações e contratos necessários para a realização da Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo de 2014, da Paraolimpíada e da Olimpíada de 2016 e das obras de infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades que sediarão os referido eventos esportivos (art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 12.462/2011):

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

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

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. p.6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2013.

<sup>51</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 13-15.

2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

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

Contudo, é válido destacar o primeiro ponto criticado pela doutrina. De acordo com Motta e Bicalho, a redação do *caput* do art. 1º “é perceptivelmente falha e oferece margem a indefinições”.<sup>52</sup> Segundo os autores,

[...] no sentido de evitar possíveis mal-entendidos, a letra legal deveria relacionar com clareza os objetos passíveis de enquadramento no regime diferenciado, procedendo, também expressamente, às presumíveis exceções.<sup>53</sup>

No mesmo sentido, entendem Andrade e Veloso:

[...] a expressão “licitações e contratos necessário à realização” (art. 1º, *caput*) dá margem a larga interpretação, pelo que o RDC poderia abranger desde as obras dos estádios, passando por intervenções de mobilidade urbana e, até mesmo, investimentos em saúde, educação profissionalizante e segurança pública. Os incisos do art. 1º igualmente não contribuem para a definição do âmbito de aplicação do RDC.<sup>54</sup>

Ainda, nota-se que a ligação entre o objeto e a aplicação do RDC faz parte da competência de uma autoridade específica, sendo, no caso do inciso I, a Autoridade Pública Olímpica (APO) e, no caso do inciso II, o Grupo Executivo (GECOPA 2014) do Comitê Gestor do Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro. Dessa forma, fica a cargo do Executivo a definição dos projetos que poderão ser abrangidos pelo RDC.

Há quem considere, por exemplo, que, no caso do inciso III, é possível sustentar que estão abrangidas pela norma as obras e serviços relacionados indiretamente à infraestrutura dos aeroportos, como no caso de obras de garagens, treinamento em idiomas, obras de apoio a atividades culturais, entre outros.<sup>55</sup> Embora tais obras e serviços não façam parte da função

<sup>52</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>54</sup> ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 32.

<sup>55</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; REOLON, Jaques Fernando. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. In: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (org.). **RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011**. Vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 218.

direta dos aeroportos, considera-se que há pertinência entre estes e as atividades da Copa e dos Jogos Olímpicos.

Ainda com relação ao âmbito de incidência do RDC, Maurício Zockun entende que o art. 1º da Lei nº 12.462/2011, com exceção do seu inciso III, não fixou parâmetros mínimos para identificar as relações jurídicas que podem ser elencadas pelo novo regime. Segundo o autor, conferiu-se ampla margem de liberdade para que o Administrador Público, ao seu critério, elenque quais as relações jurídicas estão abrangidas para esse fim. O autor esclarece:

A lei acabou por delegar à Administração competência própria do Congresso Nacional. E, justamente por transpassar esse mister a terceiro, conferiu-se ao administrador prerrogativa para qualificar quaisquer obras, serviços ou bens como supostamente necessários a esses eventos.

[...]

E ausente as balizas delimitadoras de uma conduta administrativa impessoal, não haverá como contrastar judicialmente a higidez desses atos estatais. Ainda que a carência desses parâmetros não enseje, *automática e infalivelmente*, a prática de condutas administrativas arbitrárias – ainda que concretamente elas não possam ocorrer –, a simples ausência dessas pautas objetivas, capazes de estreimar o ato estatal lícito do ilícito é, por si só, intolerável na nossa ordem jurídica.

Demais disso, se é interdito ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo, confiou-se ao próprio administrador – e ninguém mais além dele – essa competência para assinalar quais são as relações jurídicas submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações.<sup>56</sup>

Posteriormente, por meio das Leis nº 12.688/2012, 12.722/2012 e 12.745/2012, ampliou-se o âmbito de abrangência do RDC para as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e para as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS) e do sistema público de ensino. De tal forma, além do originalmente disposto, o art. 1º da Lei nº 12.462/2011 passou a elencar o seguinte:

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

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

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

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

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

---

<sup>56</sup> ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 28-29.

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

[...]

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

Percebe-se que a inovação legislativa realizada pela Lei nº 12.688/2011, ao ampliar abrangência do RDC, também afastou a taxatividade originalmente prevista na norma. Isso se verifica no caso das ações integrantes do PAC, pois “não se tem notícia da existência de critérios objetivos para a inclusão de uma obra no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”, já que o art. 1º do Decreto nº 6.025/2007 define o PAC de forma bastante ampla.<sup>57</sup> De acordo com tal dispositivo,

Art. 1º Fica instituído o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, constituído de medidas de estímulo ao investimento privado, ampliação dos investimentos públicos em infra-estrutura e voltadas à melhoria da qualidade do gasto público e ao controle da expansão dos gastos correntes no âmbito da Administração Pública Federal.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste Decreto, as medidas integrantes do PAC serão discriminadas pelo Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento - CGPAC.

Conforme se depreende do parágrafo único do artigo supracitado, grande parte das obras públicas pode ser atribuída por ato do Comitê Gestor do Programa (GPAC), o que faz do RDC um “regime aplicável a um conjunto de obras indefinível aprioristicamente, já que ampliável por mero ato administrativo”.<sup>58</sup>

Como se vê, apesar das críticas doutrinárias feitas diante da falta de uma delimitação maior da norma, o grau de abrangência do RDC vem sendo sucessivamente ampliado, indicando a tendência legislativa em escapar cada vez mais da Lei Geral de Licitações, salientando, assim, que o RDC trouxe mais do que regras gerais-especiais ao ordenamento jurídico. Conforme salienta André Rosilho,

[...] há indícios de que a edição da Lei do Regime Diferenciado de Contratações contenha em si mais que regras especiais aplicáveis à Copa do Mundo de 2013, ao Jogos Olímpicos de 2016, ao setor de aeroportos e às obras do Programa de Aceleração do Crescimento. É possível uma mudança estrutural no sistema de licitação e contratos esteja em curso.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 35-36.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>59</sup> ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 228.

Com relação aos objetivos do novo regime, o §1º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011 assim estabelece:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

- I – ampliar a **eficiência** nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II – promover a **troca de experiências e tecnologias** em busca da **melhor relação entre custos e benefícios para o setor público**;
- III – incentivar a **inovação tecnológica**; e
- IV – assegurar **tratamento isonômico** entre os licitantes e a seleção da **proposta mais vantajosa** para a administração pública.  
(grifo nosso)

Um dos objetivos mediatos da Lei nº 12.462/2011 é a promoção da troca de experiências e a inovação tecnológica (art. 1º, §1º, incisos II e III), contudo, sem deixar de lado a busca da eficiência e da seleção da proposta que acarrete o melhor custo benefício nas contratações para o setor público (incisos I e II). Ademais, a norma assegura o dever de tratamento isonômico entre os licitantes e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantindo, desse modo, valores já consagrados na própria Constituição Federal de 1988 e na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

O inciso I do referido dispositivo, ao colocar como um dos objetivos do novo regime a ampliação da eficiência nas contratações públicas e da competitividade entre os licitantes, teve o fito de aperfeiçoar os procedimentos de contratações públicas já existentes no ordenamento jurídico.

No que se refere aos objetivos licitatórios, pode-se dizer que a maior inovação seria a finalidade de que “a busca da proposta mais vantajosa deve considerar a melhor relação entre custos e benefícios do objeto contratado”.<sup>60</sup> Quanto ao objetivo de troca de experiências e tecnologias (inciso II, §1º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011), por não ter sido previsto na Lei o procedimento do mesmo, Jorge Jacoby e Jacques Reolon entendem que a aplicação desse objetivo deve ser feita de acordo com os princípios gerais do Direito e da licitação. Assim, os autores sugerem o seguinte:

- a) usando por analogia a regra do art. 24, inc. XXI, da Lei 8.666/1993, introduzido pela Lei nº 12.349/2010, fazer convocação pública descrevendo sucintamente o problema que está a exigir a troca de experiências, estabelecendo prazo para a oferta de soluções; ou
- b) usando por analogia a regra do parágrafo único do art. 39, da Lei nº 8.666/1993, promover audiência pública visando formalizar a troca de experiências com o

---

<sup>60</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 29.

mercado, garantindo publicidade e isonomia. Vários órgãos já convocam prévia reunião antes das licitações, mesmo sem ser de grande porte.<sup>61</sup>

O inciso III do §1º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011, ao introduzir o objetivo da inovação tecnológica, demonstra que se trata de um objetivo que deve ser aplicado na especificação do objeto. Conforme comentam Jorge Jacoby e Jacque Reolon,

Comumente o gestor público está mais preocupado em garantir a isonomia do que oferecer produtos com maior avanço tecnológico. Com a introdução desse novo objetivo, a descrição do objeto, no edital, passa a ter influência das justificativas que, embora restringindo a competição, possam representar para a Administração e para os usuários o incremento de melhor tecnologia.<sup>62</sup>

Em uma visão ampla, percebe-se que o RDC busca por meio dos seus objetivos proporcionar maior celeridade às licitações e contratações públicas. Se, por um lado, o RDC objetiva auxiliar no cumprimento dos prazos ajustados com as entidades internacionais, por outro lado busca-se maior rapidez e facilidade na consecução de contratações de significativa importância para setores que envolvam, por exemplo, infraestrutura, saúde e educação.<sup>63</sup>

As diretrizes são enumeradas pelo art. 4º da Lei nº 12.462/2011:

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

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

<sup>61</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; REOLON, Jaques Fernando. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. In: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (org.). **RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011**. Vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 219.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 220-221.

<sup>63</sup> ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 36-37.

Verifica-se que as diretrizes acima evidenciam a tendência em dar simplificação e celeridade ao procedimento licitatório, pois ao estabelecer a busca pela padronização dos objetos da contratação, pelas especificações do objeto das contratações públicas e pelas minutas de contratos, demonstra-se a concretização do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio da eficiência. Nesse sentido é que foi estabelecido, no RDC, o catálogo eletrônico de padronização de compras (art. 33, *caput*, Lei nº 12.462/2011):

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação.

A padronização dos instrumentos convocatórios também visa conferir maior eficiência às contratações, acarretando maior racionalidade e previsibilidade à atuação da Administração Pública, embora esta deva observar as especificidades do objeto a ser contratado, para que assim realize eventuais ajustes.<sup>64</sup>

O inciso III do art. 4º da Lei nº 12.462/2011 aponta que as propostas dos licitantes devem ser examinadas de acordo com os seus benefícios diretos, tendo em vista não só os benefícios econômicos, mas também os ambientais e os sociais. Nesse aspecto, vale dizer que a Lei nº 8.666/1993 “já podia e atuava no sentido de considerar essas questões no julgamento das propostas, inserindo tais aspectos no conjunto de valores fundamentais a serem perseguidos pela Administração”.<sup>65</sup>

O art. 4º da Lei nº 12.462/2011 também consagra o princípio da eficiência a partir do momento em que se estabelece uma remuneração variável conforme o desempenho da contratada e a utilização de planilhas de custos dos licitantes (incisos IV e V).

No inciso V do art. 4º da Lei nº 12.462/2011, a lei expressamente explicita a necessidade de verificação da influência que a utilização dos recursos locais teria sobre os custos da proposta. Quanto a isso, vale mencionar a evidente distinção com a Lei nº 8.666/1993, que em seu art. 12, IV, assim dispõe:

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

[...]

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

---

<sup>64</sup> ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 37.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 38.

Ao contrário da Lei nº 8.666/1993, nota-se que o RDC objetiva averiguar se os referidos custos estariam coadunados com a estimativa de orçamento da Administração Pública, tornando “mais factível e menos programática a possibilidade de utilização e recursos locais na execução contratual”.<sup>66</sup>

O inciso VI do art. 4º da Lei nº 12.462/2011 estabelece como diretriz o parcelamento do objeto. O parcelamento do objeto não é uma novidade no RDC. Trata-se das mesmas disposições encontradas nos arts. 15, IV e 23, §1º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

Art. 23. [...]

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Essa diretriz se refere à divisão do objeto, com o objetivo de aproveitar da melhor maneira possível os recursos disponíveis. Para Ricardo Andrade e Vitor Lanza, tal disposição deve ser interpretada de acordo com o princípio da eficiência, ou seja, “o parcelamento do objeto deverá visar não apenas a competitividade, mas também buscar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado”.<sup>67</sup>

Assim sendo, as contratações realizadas por meio do RDC devem promover os valores estampados no §1º do art. 4º da Lei nº 12.462/2011, que assim dispõe:

Art. 4º. [...]

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

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

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

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;

e

---

<sup>66</sup> ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 40.

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Observa-se que os incisos I, II e III do dispositivo supracitado se preocupa com a preservação do meio ambiente, evidenciando a atual tendência legislativa com a sustentabilidade ambiental,<sup>68</sup> buscando obedecer, assim, aos comandos constitucionais dos arts. 170, VI,<sup>69</sup> e 225 da Constituição Federal de 1988.<sup>70</sup> Essa tendência também pode ser visualizada pelo inciso II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 12.462/2011:

Art. 14. [...]

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

[...]

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

Além do RDC nos remeter para a legislação ambiental genérica, assim também o faz com a legislação urbanística (inciso IV), com as normas protetivas ao patrimônio cultural, histórico, arqueológico ou imaterial e com as normas de acessibilidade para uso por pessoas com deficiência. No que diz respeito aos aspectos ambientais, isso demonstra que as contratações públicas a serem realizadas por meio do RDC devem estar adequadas ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável (art. 170, VI, Constituição Federal de 1988), o qual teceremos breves comentários mais adiante.

Os princípios licitatórios que regem o RDC estão dispostos no art. 3º da Lei nº 12.462/2011, que assim dispõe:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os **princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.** (grifamos)

Como se vê, tais princípios elencados são os mesmos que estão dispostos na Constituição Federal de 1988 e na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993). Vejamos:

[Constituição Federal de 1988]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de**

<sup>68</sup> Nesse sentido: Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009), art. 6º, XII. Vale dizer que a legislação ambiental é extensa (exs.: Lei nº 6.938/1981; Lei nº 7.347/1985; Lei nº 9.985/2000) e que a normatização acaba sendo repetitiva, como no caso da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº1, de 19.01.2010, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição e bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”.

<sup>69</sup> Art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”.

<sup>70</sup> Art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “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.”

**legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]** (grifo nosso)

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (grifo nosso)

[Lei nº 8.666/1993]

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do **desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos**. (grifo nosso)

Os princípios aplicáveis ao RDC são os mesmos que já continham previsão para as licitações em geral. Em suma: exige-se que o administrador cumpra as disposições previstas em lei (princípio da legalidade); os atos da Administração Pública devem estar disponíveis ao público (princípio da publicidade); a atuação administrativa deve estar coadunada com a boa-fé, probidade e decoro (princípio da moralidade administrativa); deve ser assegurada a igualdade de tratamento entre os licitantes, de forma que a partir de critérios objetivos, os participantes possam competir em igualdade de condições (princípio da isonomia ou da igualdade); o procedimento administrativo deve ser formal e objetivo, contendo todos os critérios para a contratação, não devendo existir favorecimento pessoal (princípio da impessoalidade); deve o administrador optar pela proposta mais vantajosa, no ponto de vista do valor e da qualidade (princípio da eficiência); deve-se promover o resultado esperado com o menor custo possível para a Administração Pública (princípio da economicidade); as normas e os princípios devem ser aplicados de forma ponderada, de modo a estabelecer qual destes deverá prevalecer na solução do caso concreto (princípio proporcionalidade); as regras fixadas no instrumento convocatório deve ser fielmente cumprida por todos (princípio da vinculação ao instrumento convocatório); o julgamento das propostas deve ser pautado em critérios seletivos objetivos, evitando qualquer juízo subjetivo (princípio do julgamento objetivo).

Não obstante a importância de todos os princípios elencados acima, vale fazer alguns breves comentários sobre os princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Na verdade, o princípio da economicidade já podia ser encontrado na Lei nº 8.666/1993 de forma implícita, podendo ser traduzido pela “seleção da proposta mais vantajosa” (art. 3º, Lei nº 8.666/1993).<sup>71</sup> Nos dizeres de Di Pietro, tal princípio “constitui aplicação da relação custo-benefício e já está inserido entre os aspectos submetidos a fiscalização contábil, financeira e orçamentária pelo Congresso Nacional”, de acordo com o art. 70 da Constituição Federal de 1988.<sup>72</sup>

Com efeito, pelo fato de as diretrizes promoverem estímulos em determinados setores da economia, não podemos deixar de dizer que ocorrem restrições ao universo de fornecedores, o que acaba causando impacto negativo nos preços, acarretando, assim, a mitigação do princípio da economicidade.<sup>73</sup> Em contrapartida, e ainda no que diz respeito ao princípio da economicidade, vale mencionar que as diretrizes do novo regime demonstram uma maior preocupação quanto à consecução da maior vantagem possível para a Administração Pública (inciso III do art. 4º da Lei nº 12.462/2011). Na verdade, a vantagem para a Administração Pública passa ser avaliada não só pelo conteúdo econômico da proposta inicial, mas também por outros fatores, que podem ser de natureza econômica, social ou ambiental, como os custos relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos e o índice de depreciação econômica. Em outras palavras, será vencedor da licitação aquele que apresentar o menor valor não só na aquisição, mas também na sua manutenção ou operação.<sup>74</sup> Faz-se, portanto, uma estimativa dos gastos decorrentes da aquisição para melhor se auferir a economicidade. Isso porque “aquele cujo custo da aquisição é menor poderá ser menos vantajoso economicamente em razão dos custos elevados de manutenção/operação”.<sup>75</sup>

Quanto ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, vejamos a definição dada por Moreira e Guimarães:

Em termos jurídicos, o *princípio do desenvolvimento sustentável* trata da ponderação das consequências ambientais de qualquer decisão jurídica de natureza econômica tomada pelos Poderes Públicos: aqui, os custos para o meio ambiente devem ser proporcionais aos respectivos benefícios econômicos. Por outro lado, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável obriga à fundamentação sociopolítica e ambiental das decisões de desenvolvimento econômico. (grifos do autor)<sup>76</sup>

<sup>71</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 81.

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442.

<sup>73</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 37.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>75</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>76</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 88.

Isso quer dizer que a licitação deve ter como base a implementação de políticas públicas sustentáveis, e não apenas ser um requisito legal para a celebração de contratos administrativos. O princípio do desenvolvimento nacional sustentável, além de estar previsto no art. 3º da Lei nº 12.462/2011, foi inserido recentemente ao teor da Lei nº 8.666/1993 pela Lei nº 12.349/2010, o que demonstra a atual tendência pelas licitações sustentáveis. Tal princípio, por sinal, inspirou as normas constantes no §1º e no §2º do art. 4º da Lei nº 12.462/2011:

Art. 4º. [...]

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

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

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

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

Contudo, vale destacar a crítica feita por Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios:

Essas disposições são [...] de pouca utilidade prática, pois se limitam a dizer que as contratações realizadas com base no Regime Diferenciado devem respeitar a legislação ambiental, urbanística e aquela referente à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados. Ora, se essas normas citadas já são de natureza cogente independentemente de sua menção na Lei nº 12.462/2011, conclui-se que os parágrafos mencionados são desnecessários por pouco ou nada inovarem no mundo jurídico.<sup>77</sup>

Para finalizarmos os aspectos gerais atinentes ao RDC, passaremos então a elencar as principais inovações contidas no bojo do novo regime. Entre as principais inovações trazidas pela Lei nº 12.462/2011, podemos citar a contratação integrada (art. 9º), a fase recursal única (art. 27), a elaboração de um projeto básico com base em um anteprojeto de engenharia fornecido pela Administração Pública (art. 8º, §7º), o endurecimento das regras para a celebração de termos aditivos (art. 9º, §4º), o sigilo do orçamento (art. 6º, *caput*), a dispensa

---

<sup>77</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 33.

de publicação em Diário Oficial (art. 15, §2º), a inversão da ordem de fases de habilitação e julgamento (art. 12), a remuneração variável (art. 10) e a pré-qualificação permanente (art. 29, I; art. 30). Essas inovações trazem consigo a busca por um procedimento mais simples e célere, de modo a dar mais eficiência ao procedimento licitatório, atendendo as expectativas do Governo, mas sem ignorar os princípios da moralidade, da impessoalidade, da transparência e da publicidade dos atos públicos. Assim, reservaremos o próximo capítulo para ilustrar os argumentos (contrários e a favor do novo regime) que se situam em torno de algumas dessas principais inovações, mais especificamente quanto àquelas que geraram polêmicas e controvérsias no ordenamento jurídico.

#### **4. A LEI Nº 12.462/2011 E SEUS ASPECTOS POLÊMICOS: ARGUMENTOS DAS ADINS 4.645 e 4.655 E OUTROS APONTAMENTOS**

Grande parte das inovações introduzidas pelo RDC já se fazia presente no debate jurídico, até porque muitas tentativas de incorporação dessas inovações à Lei nº 8.666/1993 não obtiveram êxito em momentos passados. Assim, não tardou para que as regras do novo regime fossem questionadas por juristas e órgãos públicos.

A polêmica gerada pelas inovações trazidas pelo RDC foi tamanha que, em agosto e setembro de 2011, 2 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas junto ao Supremo Tribunal Federal: as ADINs 4.645 e 4.655. A ADIN 4.645 foi proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) em parceria com os Democratas e o Partido Popular Socialista (PPS), enquanto que a ADIN 4.655 foi proposta pelo Procurador-Geral da República. Foram arguidas questões tanto de inconstitucionalidade formal como de material, as quais serão apresentadas a seguir.

Assim, para enriquecer o debate acerca do tema, ao final do presente capítulo (item 4.3) passaremos a ponderar alguns dos argumentos suscitados pelas ADINs 4.645 e 4.655 em razão da observância dos princípios da eficiência, economicidade etc.

Oportuno mencionar que, até o momento da elaboração do presente trabalho, as referidas ADINs encontram-se pendentes de julgamento. O último andamento da ADIN 4.645 ocorreu no dia 19/08/2013, se referindo à publicação do despacho do Min. Relator Luiz Fux, que admitiu o ingresso da Associação Brasileira de Direito & Economia na qualidade de *amicus curiae*. Já com relação à ADIN 4.655, em 11/03/2013, a Procuradoria Geral da República requereu aditamento à ação e os autos estão conclusos ao Min. Relator desde 12/03/2013.

#### 4.1. As alegações de inconstitucionalidade formal<sup>78</sup>

Conforme exposto no capítulo 2 do presente trabalho, a Medida Provisória nº 527/2011 foi editada com o intuito de alterar a Lei nº 10.683/2003, tratando da criação da Secretaria de Aviação Civil e das modificações daí decorrentes na legislação que rege a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). O Regime Diferenciado de Contratações foi inserido, mediante emenda do relator, ao teor da Medida Provisória nº 527/2011 quando da sua tramitação na Câmara dos Deputados. Mais tarde, a referida medida provisória fora convertida na atual Lei nº 12.462/2011.

Logo, o primeiro argumento levantado foi quanto à inobservância dos pressupostos de relevância e urgência necessários para a edição de medidas provisórias, conforme art. 62 da Constituição Federal. Ainda, como tais pressupostos têm como critério o juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, argumenta-se que, pelo fato de as normas referentes ao RDC estarem ausentes no conteúdo original da Medida Provisória nº 527/2011, haveria vício formal de inconstitucionalidade da referida medida provisória e, consequentemente, da Lei nº 12.462/2011. Dessa maneira, enfatiza-se que o juízo de natureza política (relevância e urgência) é de competência do Presidente da República e que este é intransferível aos outros Poderes, cabendo ao Legislativo apenas validar tal juízo.<sup>79</sup>

A ADIN 4.645 vai mais longe ao salientar que a reorganização da Presidência da República e Ministérios, conteúdo original da Medida Provisória nº 527/2011, não é tema ordinário autorizador de edição de medidas provisórias, ressaltando assim que, na prática, o Executivo legisla ordinariamente por meio de medidas provisórias, desrespeitando flagrantemente a Constituição Federal. A este turno, a ADIN 4.645 enfatiza a orientação do STF no sentido de que é admitido o controle dos requisitos de relevância e urgência quando da edição das medidas provisórias. Ainda, os autores da referida ADIN assim alegam:

Não foi a primeira vez [sic] que a Presidência da República em consórcio com a maioria governista no Congresso Nacional lançou mão deste artifício, nem foi a primeira vez que se pretendeu inserir as disposições relativas ao “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” no texto de medidas provisórias em

<sup>78</sup> Para fins de organização, neste subcapítulo não faremos notas de referência, já que todos os argumentos aqui expostos foram retirados das ADINs 4.645 e 4.655. Tais ADINs estão disponíveis em <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>79</sup> Apesar disso, tem ocorrido nos últimos anos um crescente ativismo judicial e judicialização da política, “propiciando a intervenção do Poder Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 49), o que acaba pondo em cheque o princípio da separação entre Poderes e a legitimidade democrática das decisões.

tramitação no Congresso Nacional. Há registro de tentativas semelhantes nas medidas provisórias n.ºs 489, 503, 517 e 521.

Outro argumento exposto, em ambas as ADINs, foi a existência do abuso do poder de emendar. Seria inconstitucional a inserção de emendas com disposições estranhas à temática abordada originalmente pela Medida Provisória nº 527/2011. Em outras palavras, a medida provisória nada previa sobre licitações e contratações públicas, não podendo, por isso, o relator emendá-las nesse sentido, já que tais emendas não teriam pertinência lógica com a temática original da medida provisória. Assim, houve afronta ao princípio do devido processo legislativo (arts. 59 e 62 da Constituição Federal), pois, conforme consta em julgados do STF citados na ADIN 4.645, teria ocorrido afronta à competência exclusiva da Presidente da República e, assim, violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal). Quanto a esse aspecto, apontam as ADINs 4.655 e 4.645, respectivamente:

5. A inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR). Isso porque tal espécie normativa é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, quem compete decidir, também com exclusividade, quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio.

6. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devem ser encaminhados por essa via.

Ora, é cediço que a medida provisória é ato normativo de natureza dúplice ou bifronte. É norma jurídica com força cogente e, ao mesmo tempo, projeto de lei, de iniciativa do Executivo, a ser deliberado pelo Congresso Nacional. Como projeto de lei, à tramitação da medida provisória aplicam-se, *mutatis mutandis*, as regras e os princípios que regulam o andamento e a deliberação das proposições legislativas no Congresso Nacional, notadamente as proposições que se compreendem no poder de iniciativa reservada ao Executivo.

[...]

No entanto, ao se sujeitar à possibilidade de sofrer emendas, as medidas provisórias sujeitam-se também aos mesmos limites e restrições que a estas se aplicam. E uma das restrições aplicáveis é a necessária pertinência lógica entre o objeto da emenda e o texto normativo emendado.

Ademais, o Procurador-Geral da República, com base em alguns precedentes do STF, alega que, em se tratando de projeto de lei de iniciativa privativa do Presidente da República, nem mesmo a sanção presidencial convalida o vício formal trazido pela emenda:

Em matéria de iniciativa legislativa, **o Supremo Tribunal Federal entende que a sua usurpação atenta de tal forma contra a ordem constitucional que nem mesmo a sanção daquele ente a quem cabia propor a lei convalida o vício.**

[...]

O mesmo entendimento deve ser aplicado à medida provisória. É que, seja em relação a ela, seja em relação à iniciativa privativa, há um componente de deliberação quanto à conveniência e necessidade que é intransferível para outros Poderes. (grifo nosso)

Conforme consta na ADIN 4.645, a inclusão de emendas que não guardem pertinência lógica com a matéria proposta pela medida provisória traz 2 (duas) consequências institucionais, quais sejam: “(a) impede discussões públicas amplas sobre a matéria objeto das emendas e (b) afasta a possibilidade do oferecimento de emendas parlamentares pelos demais membros do legislativo”, o que afronta a interpretação sistemática depreendida pelos arts. 48, 63, I, 166, §§ 3º e 4º, todos da Constituição Federal, já que as emendas não podem inovar quanto ao objeto a ser regulamentado pela proposição legislativa, mas somente quanto ao seu sentido.

Em outras palavras, os parlamentares podem apresentar, conforme entendimentos expostos nas ações diretas de inconstitucionalidade, emendas durante a tramitação da medida provisória e de sua conversão em lei, mas devem se limitar ao objeto/conteúdo originalmente proposto pela Presidência da República.

#### **4.2. As alegações de inconstitucionalidade material <sup>80</sup>**

Quanto às supostas inconstitucionalidades materiais alegadas pelas ADINs 4.645 e 4.655, elenca-se as seguintes: I) a delegação dada ao Poder Executivo para a escolha do regime de licitação aplicável; II) a contratação integrada e a possibilidade de promover a licitação apenas com o anteprojeto; III) a pré-qualificação permanente para qualquer hipótese que envolva fornecimento de bem e execução de serviço e obra; IV) a previsão da possibilidade de remuneração variável conforme o desempenho da contratada; V) a dispensa de publicação em diário oficial; VI) a presunção de sigilo de orçamento; VII) a interpretação dos dispositivos do RDC no que diz respeito às questões ambientais. Vejamos, então, cada uma delas:

##### ***4.2.1. Da delegação dada ao Poder Executivo para a escolha do regime de licitação aplicável***

Ambas as ADINs alegam a inconstitucionalidade material dos arts. 1º, incisos I e II, e 65 da Lei nº 12.462/2011, que assim dispõem:

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

---

<sup>80</sup> Para fins de organização, neste subcapítulo não faremos notas de referência, já que todos os argumentos aqui expostos foram retirados das ADINs 4.645 e 4.655. Tais ADINs estão disponíveis em <<http://www.stf.jus.br>>.

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

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

Argumenta-se que os dispositivos acima não elencam parâmetros mínimos de identificação de obras, serviços e compras que devem seguir o RDC, pois delegam a escolha do regime a ser aplicado à Autoridade Pública Olímpica, estando, assim, afrontando o art. 37, *caput* e XXI, bem como o art. 22, XXVII da Constituição Federal.

Em outras palavras, os dispositivos supramencionados estabelecem normas vazias, deixando a cargo do Administrador Público a escolha do regime a ser aplicado, conferindo a este alto poder de decisão, o que coloca em cheque os princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da eficiência administrativa. É o que se depreende dos dizeres do Procurador-Geral da República (ADIN 4.655) e dos partidos políticos autores da ADIN 4.645, respectivamente:

A ofensa ao art. 37, XXI, da CR, parece bastante evidente, pois o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim por ato do Executivo. Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo.

Como está fora de discussão a relevância de ambos os eventos, a mera referência a necessidades a eles vinculadas não oferece limitação alguma ao exercício da competência administrativa.

Ora, se a regra o [*sic*] art. 1º, por si só, já é ampla e imprecisa, o art. 65 tem o condão de ampliar ainda mais a margem de discricionariedade do Executivo. Antes que a Autoridade Pública Olímpica defina Carteira de Projetos Olímpicos, toda e qualquer contratação poderá beneficiar-se do regime previsto na lei impugnada, bastando para tanto que, a critério da Administração Pública, “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”.

[...] Quais contratações são “imprescindíveis”? Todas aquelas que assim forem qualificadas pelo Governo Federal.

Enfatiza-se que é competência da União legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação e que a Lei nº 12.462/2011 desafiou tal competência normativa ao delegar ao Poder Executivo a escolha do regime jurídico do processo licitatório. Assim sendo, apenas a lei poderia definir qual regime seria aplicável, sendo certo que a delegação dada ao Administrador Público é inconstitucional. Nesse sentido, ressaltam os legitimados da ADIN 4.645:

As regras de Direito Público e, em especial, aquelas que versam sobre licitações públicas não podem ser normas dispositivas. São normas cogentes, incidentes e devem ser cumpridas sempre que o Poder Público se veja diante da necessidade de contratar obras, serviços, compras e realizar alienações. É este o teor do art. 37, XXI, da Constituição em vigor.

O Procurador-Geral da República, inclusive, ao citar o Acórdão 1.592/2011 – Plenário do TCU, enfatiza que o art. 1º, II da Lei nº 12.462/2011, no que diz respeito à definição da matriz de responsabilidades, não tem recebido a devida atualização conforme determinações do TCU, pois até aquele momento ainda não havia sido definido quais seriam as obras essenciais inerentes à realização da Copa do Mundo de 2014, o que já evidencia graves deficiências em termos de planejamento e organização do Poder Executivo.

Por fim, em aditamento à ADIN 4.655, o Procurador-Geral da República questiona, ainda, as recentes alterações realizadas na Lei nº 12.462/2011, por meio das Leis nº 12.688/2012, 12.722/2013 e 12.745/2012. Em suma, estendeu-se o Regime Diferenciado de Contratação às ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e do sistema de ensino. Alega o Procurador-Geral da República que, ao criar mais hipóteses de aplicação do RDC, “as alterações efetuadas na lei impugnada agravaram ainda mais o quadro de violação ao princípio da licitação”, tendo em vista a transferência do regime jurídico ao Executivo “sem quaisquer critérios preordenados na lei”.

#### ***4.2.2. Da contratação integrada e da possibilidade de promover a licitação sem o projeto básico***

Ambas as ADINs alegam a inconstitucionalidade da “contratação integrada”, tipo de licitação criada pela Lei nº 12.462/2011. Vejamos, então, os dispositivos impugnados:

Art. 2º [...]

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

[...]

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

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

[...]

**V - contratação integrada.** (grifo nosso)

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

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

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

**§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.**

**§ 2º No 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;

**II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e**

**III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.**

**§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento**

convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (grifo nosso)

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. (grifo nosso)

Aduz-se que a objetividade do julgamento deve ser estabelecida por critérios de definição e de fatores previamente fixados em lei, proporcionando a garantia do princípio da isonomia dos concorrentes e da moralidade. As duas ADINs citam, assim, os critérios objetivos estabelecidos pelo o art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/1993 que, ao contrário da impugnada Lei nº 12.462/2011, definiu exaustivamente o que vem a ser o projeto básico, especificando todos os parâmetros utilizados no julgamento de uma licitação.<sup>81</sup> Conforme a ADIN 4.645, pela Lei nº 12.462/2011,

Não se poderá mais, por exemplo, contar mais, quando do julgamento do processo licitatório, com informações relevantes como “soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de

---

<sup>81</sup> Art. 6º da Lei nº 8.666/1993: “Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”.

reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem” (art. 6º, IX, b, da Lei 8.666/93) e a “identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento” (Art. 6º, IX, c, da Lei 8.666/93).

Segundo os legitimados, o modelo de contratação integrada deu margem para se promover a licitação sem o projeto básico, pois passou a exigir apenas um “anteprojeto” de engenharia que, por sua vez, possui características supostamente deficientes para o planejamento da obra ou serviço. Em outros termos, a Lei nº 12.462/2011 não estabeleceu a devida individualização do objeto da licitação. Assim, conforme a ADIN 4.645, a contratação integrada é um modelo de licitação que afronta o art. 37, XXI da Constituição Federal, pois ocasionará julgamentos pautados em critérios subjetivos das obras e serviços. Nesse sentido, os autores prosseguem:

[...] Ora, se o projeto básico passa a ser elemento a ser realizado pelo vencedor do certame, é certo que o anteprojeto não possuirá os elementos que o caracterizam. Logo, por exclusão, o anteprojeto não apresentará soluções técnicas localizadas e tampouco haverá identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a serem incorporados à obra.

Por esta razão, não se poderá garantir que uma proposta será equivalente a outra no que se refere ao bem ou ao serviço a ser entregue. A fiscalização prévia e concomitante à execução será impossível de ser realizada. Não se sabe qual foi o objeto efetivamente contratado a partir do processo licitatório

Somente durante a execução se terá conhecimento de como será realizada a obra a ser entregue, visto que só então o vencedor elaborará o projeto básico. Ademais, este será realizado ao seu livre talante, no que se refere aos elementos acima citados e a outros que compõem o projeto básico e que estão ausentes no anteprojeto.

Ainda, o Procurador-Geral da República afirma que a contratação integrada, sendo um regime de adoção preferencial no que se refere a obras e serviços de engenharia, “implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços”. Dessa forma, o autor do projeto também fica responsável pela execução da obra, ao contrário da Lei nº 8.666/1993, em seu art. 9º, incisos I e II, que veda tal situação em qualquer hipótese.<sup>82</sup>

#### ***4.2.3. Da pré-qualificação permanente***

Em decorrência do modelo de empreitada integral, a Procuradoria da República (ADIN 4.655) também questiona a constitucionalidade da previsão de pré-qualificação para

---

<sup>82</sup>Art. 9º da Lei nº 8.666/1993: “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; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado”.

todas as situações que embalem fornecimento de bem e execução de serviço e obra. Por esse viés, a Lei nº 12.462/2011, em seus arts. 29, inciso I,<sup>83</sup> e 30,<sup>84</sup> teria reduzido ainda mais a competitividade no âmbito das licitações, ao estabelecer que aqueles que não foram pré-qualificados não podem participar da licitação.

Assim, conforme argumentado na ADIN 4.655, em vez de prever a pré-qualificação em um caráter excepcional, a tornou como regra, já que esta deve ser aplicada em qualquer caso de fornecimento de bem e execução de serviço e obra. Logo, requer que sejam declaradas inconstitucionais, por arrastamento, as expressões “pré-qualificação” (art. 7º, II, Lei nº 12.462/2011)<sup>85</sup> e “e de pré-qualificação disciplinadas por esta Lei” (art. 15, Lei nº 12.462/2011).<sup>86</sup>

#### **4.2.4. Da previsão da possibilidade de remuneração variável**

A ADIN 4.645 também questiona a constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 12.462/2011, que assim estabelece:

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

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

Os autores da ação alegam que o dispositivo acima confere elevado grau de discricionariedade ao Administrador Público, o que também não está de acordo com o estabelecido pelo art. 37 da Constituição Federal. Alega-se que tal norma fere os princípios da moralidade e da impessoalidade, pois ao permitir “ao gestor público a opção sobre os valores

---

<sup>83</sup>Art. 29 da Lei nº 12.462/2011: “São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I - pré-qualificação permanente; [...]”.

<sup>84</sup>Art. 30 da Lei nº 12.462/2011: “Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a 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. §1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados. §2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento. §3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores. §4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes. §5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo”.

<sup>85</sup>Art. 7º, II, da Lei nº 12.462/2011: “No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: [...]III - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação”.

<sup>86</sup>Art. 15, *caput*, da Lei nº 12.462/2011: “Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório: [...]” (grifo nosso)

a serem pagos aos contratados”, dá-se estímulo a “relações promíscuas entre o público e o privado”. Conforme afirmam os legitimados,

A definição da equação econômico-financeira do contrato, bem como dos valores a serem percebidos a título de retribuição, é elemento que integra o processo licitatório e expõe-se à concorrência isonômica e impessoal que é própria das licitações públicas. Não pode, portanto, ser alterado injustificadamente após a conclusão das obras ou serviços contratados.

Dado que o art. 10 da Lei nº 12.462/2011 possui critérios vagos e imprecisos, argumenta-se que o Estado não pode ter a seu arbítrio o valor a ser pago ao contratado, pois isso não está de acordo com os ditames constitucionais.

#### ***4.2.5. Da dispensa de publicação em Diário Oficial***

A respeito da dispensa de publicação em Diário Oficial, o art. 15 da Lei nº 12.462/2011 previu:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

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

Segundo os partidos políticos ajuizadores da ADIN 4.645, o §2º do dispositivo acima fere o princípio constitucional da publicidade e da moralidade administrativa ao dispensar a

publicação em diário oficial de licitações cujo valor não seja maior que R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras, ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços.

A restrição jurídica criada pelo §2º, segundo os autores da referida ADIN, não tem razão de ser, uma vez que o princípio da publicidade deve ser o mais amplo possível. Dessa forma, os atos da Administração Pública devem ser divulgados largamente, somente se justificando restrições nos casos em que a Constituição Federal prevê expressamente em seu art. 5º, XXXIII, quais sejam: segurança da sociedade e do Estado e preservação do princípio da intimidade. Nesse sentido, argumentam os autores:

Não há razão jurídica que autorize criar-se essa exceção. Tal dispensa de publicação não se coaduna com a norma do caput do art. 37 da Constituição Federal, mormente os princípios constitucionais da publicidade e moralidade.

[...]

De acordo com o que prevê o art.15 da Lei 12.462 de 2011, seriam dois os meios que se voltam a tal finalidade: (1) a publicação em diário oficial e (2) a divulgação em sítio virtual oficial. Um e outro não concorrem, complementam-se. Se de um lado, os meios eletrônicos mostram-se mais ágeis e, em alguns casos, mais econômicos para o Poder Público; **as publicações impressas ainda são estáveis e oferecem um registro mais seguro para a posteridade.**

Há, entretanto, uma diferença fundamental que não pode ser despercebida. É que a publicação virtual, na rede mundial de computadores, é por natureza efêmera e instável e, por conseguinte, não se presta a plena efetivação do princípio constitucional da publicidade.

[...]

Ao contrário da internet, onde tudo é volátil e instável, a publicação oficial impressa oferece registro definitivo, seguro e indelével dos atos oficiais, características de grande importância para assegurar a transparência fiscal dos atos públicos, bem como a possibilidade de que venham a sujeitar-se ao controle social, inclusive *a posteriori*.

Conforme argumentado, a publicação em sítio virtual oficial e em Diário Oficial não são concorrentes, mas sim complementares. Dessa forma, não há motivos plausíveis que justifiquem a dispensa da publicação em Diário Oficial, que é um meio regular e complementar ao meio eletrônico. Logo, de acordo com as alegações dos legitimados da ação, tal possibilidade de mitigação da publicidade proposta pelo §2º do dispositivo em comento também afeta o princípio constitucional da moralidade administrativa, uma vez que abrevia a possibilidade de controle dos atos pela sociedade.

#### **4.2.6. Da presunção de sigilo de orçamento**

Outra questão suscitada pela ADIN 4.645 diz respeito à inconstitucionalidade do art. 6º, §3º, da Lei nº 12.462/2011, referente à presunção de sigilo de orçamento:

Art. 6º 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.

Uma vez que o sigilo só deve ser admitido em casos excepcionais, argumenta-se que tal dispositivo fere o princípio constitucional da publicidade, conduzindo, assim, a uma inversão da regra constitucional:

O dispositivo do §3º estabelece uma presunção de sigilo, invertendo a lógica constitucional. De acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório, presume-se que seja sigilosa. Há nisto uma inversão da regra constitucional. Na Constituição Federal a publicidade e a transparência são a regra, isto é, quando haja risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trate de informação que diga respeito à vida privada e a intimidade de cidadão.

Portanto, em respeito ao art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, todas as informações referentes à atuação do Estado devem estar abertas à sociedade, para que assim possam ser passivas de controle. E, nos casos excepcionais de sigilo, devem os atos administrativos serem motivados. Assim, conforme os argumentos apresentados na ADIN, os deveres de motivação e transparência não podem ser excepcionados por lei ou por ato normativo, sob pena de violar a Constituição, o que faz os legitimados da ADIN 4.645 concluírem pela inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

#### ***4.2.7. Da interpretação do RDC quanto às questões ambientais***

Para finalizar as questões sobre as supostas inconstitucionalidades, na ADIN 4.655, o Procurador-Geral da República chama a atenção para a interpretação a ser dada aos parágrafos 1º e 2º do art. 4º e ao parágrafo único, inciso II, do art. 14, ambos da Lei nº 12.462/2011, que assim estabelecem:

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;

[...]

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

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.

Ao ver do Procurador-Geral da República, os dispositivos acima devem ser interpretados de acordo com os arts. 225 e 226 da Constituição Federal, de modo afastar qualquer entendimento que, no caso de implantação de obras ou atividades, dispense as regras de licenciamento ambiental:

57. Tais dispositivos não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais/culturais, serão aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias.

58. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, §1º, IV, da CR é o instrumento adequado para se avaliar a extensão do dano e, mediante ponderação de interesses, decidir-se se é possível e conveniente a realização da obra ou da atividade, e as condições em que se desenvolverão.

Dessa maneira, a ADIN 4.655 conclui pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos em comento, para ser dada interpretação conforme a Constituição.

### **4.3. Outros entendimentos acerca das supostas inconstitucionalidades da Lei nº 12.462/2011**

Dados os argumentos que prezam pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 12.462/2011, reservaremos esse espaço para demonstrar entendimentos contrários aos expostos anteriormente, sem deixar, contudo, de fazer as observações pertinentes quando necessário.

#### ***4.3.1. Argumentos que defendem a constitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011***

Conforme visto no primeiro tópico deste capítulo, em suma, alega-se a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011 pelos seguintes motivos: I) infringência ao art. 62 da Constituição Federal devido à falta de relevância e urgência para edição da Medida Provisória nº 527/2011, convertida na atual Lei nº 12.462/2011; e II) infringência aos arts. 2º, 59 e 62 da Constituição Federal, dada a existência do abuso do poder de emenda

parlamentar, uma vez que a Medida Provisória nº 527/2011 não tratou originalmente do RDC e o tema foi incluído no Congresso por meio de emenda parlamentar.

Contudo, com relação à primeira suposta inconstitucionalidade apontada, pode-se dizer que os requisitos de relevância e urgência foram atendidos quando da edição da Medida Provisória nº 527/2011, dada a proximidade dos eventos esportivos a serem realizados no país. Nesse sentido, entendem Rafael Oliveira e Rafael Freitas:

[...] não nos parece possível concluir pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.462/11, tendo em vista a configuração da relevância e urgência para edição da MP nº 527/11, especialmente pela proximidade dos eventos esportivos. Vale ressaltar que, apenas em situações muito excepcionais, o STF ingressa no controle do binômio da relevância e urgência das MPs.<sup>87</sup>

Os referidos autores complementam:

Ainda que seja configurada, eventualmente, desídia por parte de alguns administradores públicos no planejamento e na execução dos projetos necessários aos referidos eventos esportivos, naquilo que se convencionou denominar de “urgência fabricada”, certo é que não pode a sociedade ser prejudicada pela não realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no país, devendo, no entanto, ser aplicadas sanções aos administradores responsáveis.<sup>88</sup>

Quanto ao exame dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de inadmiti-lo, pois não se pode invadir a esfera discricionária do Poder Executivo, a não ser que haja desvio de finalidade evidente ou abuso do poder de legislar. Nesse sentido:

Os conceitos de relevância e urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.<sup>89</sup>

A jurisprudência do STF, tem considerado da competência da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. É de se exceptuar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há evidência objetiva da falta de urgência, sendo a relevância da Medida Provisória incontestável.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. p.4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2013.

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN nº 162-1/DF, Tribunal Pleno. Medida liminar. Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 1997, capa.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN nº 1.516-8, Tribunal Pleno. Medida liminar. Rel Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1999, p.3.

14. Acresce que, se esta **nossa Corte Suprema já reconheceu, em casos-limites, sua competência para aferir os pressupostos de urgência e relevância para edição de medidas provisórias (ADI 1.190-MC, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; ADI 2.527-MC, da relatoria da ministra Ellen Gracie)**, também não é de se esquivar do pressuposto da imprevisibilidade.

15. O substantivo “urgência”, ou o adjetivo “urgente”, na Constituição Federal, são tratados de forma gradual. Por ilustração, no §1º do art. 64, a Carta da República fala de urgência de projeto de lei, singelamente. Já no art. 62, a Constituição cuida, conjugadamente, de relevância e urgência. Não basta a urgência, como naquele primeiro artigo. Aqui, é preciso que à urgência se adicione a relevância. A situação empírica há de ser de relevância e, ao mesmo tempo, urgência para legitimar a edição de medida provisória (Michel Temer e Roque Carraza assim lecionam).[...] (grifo nosso)<sup>91</sup>

MP 2.226, de 4-9-2001. TST. Recurso de revista. Requisito de admissibilidade. Transcendência. [...] Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionálíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição.<sup>92</sup>

No que se refere ao segundo vício formal de constitucionalidade suscitado, o Senado Federal argumenta que, embora a matéria tratada na Medida Provisória nº 527/2011 fosse reservada à iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, II, “a” e “e” da Constituição Federal), a inserção do Regime Diferenciado de Contratações ao teor do projeto de lei não viola a Constituição porque o regime especial de contratações públicas diz respeito ao Direito Administrativo, não sendo, assim, de iniciativa privativa do Presidente da República, já que não consta no rol dos arts. 61, §1º, e 62, da Constituição Federal. Dessa forma, não sendo a matéria de competência privativa do Presidente da República, esta poderia ser objeto de emenda parlamentar.<sup>93</sup>

Ainda, vale lembrar que é vedada a elaboração de emendas que façam alusão a matéria estranha daquela tratada na medida provisória, cabendo, nesse caso, o indeferimento liminar pelo Presidente da Comissão (Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, art. 10, §1º).<sup>94</sup> De tal maneira, no caso de a comissão mista apresentar emendas à medida provisória, deve ser apresentado também projeto de lei de conversão, bem como o decreto-legislativo

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN nº 4.049 MC/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Britto, J. 5-11-2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 dez. 2013.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN 2.527-MC – Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-2007, Plenário, DJ de 23-11-2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fl. 11. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>94</sup> Art. 10, §1º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional: “[...] A prorrogação do prazo de vigência de Medida Provisória será comunicada em Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional publicado no Diário Oficial da União”.

regulamentador (Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, art. 5º, §4º).<sup>95</sup> Assim, o Senado Federal defende a pertinência temática entre a MP nº 527/2011 e as normas do RDC inseridas por emenda parlamentar ao teor da medida provisória, alegando, ainda, que estas estão de acordo com a Lei Complementar nº 95/1998.<sup>96</sup> A esse despeito, a referida Casa Legislativa prossegue:

A despeito de a violação à legislação complementar não desafiar o controle de constitucionalidade, dada a ausência de parâmetro constitucional, vale reforçar que a Lei nº 12.462/2011 observou na íntegra as disposições legais citadas.

De fato, pertinência temática não significa apenas identidade de objeto, como a lei complementar expressamente distingue, mas igualmente a vinculação por afinidade, pertinência ou conexão. Por afinidade, entende-se uma conformidade, uma relação substancial entre as matérias tratadas na lei. Por pertinência entende-se a qualidade lógica que liga duas ou mais matérias. E por conexão entende-se a semelhança de objeto ou de causa ou fundamento, que, neste caso, também pode ser compreendida como um liame teleológico entre as diversas matérias tratadas no texto legal.<sup>97</sup>

Logo, de acordo com o entendimento exposto acima, o RDC possui conexão com a matéria originalmente prevista na MP nº 527/2011, uma vez que o aprimoramento do sistema de aviação civil é um tema que está conexo com a proximidade dos eventos esportivos a serem realizados no país, como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Isso porque o RDC abrange um procedimento licitatório especial que tem como objetivo o de possibilitar em menor tempo a concretização de obras, compras e serviços indispensáveis à realização de tais eventos esportivos:

Ora, se a medida provisória visava a reestruturar o sistema aéreo nacional para assegurar condições mínimas de realização das Copas do Mundo e das Confederações e dos Jogos Olímpicos, e se essa reestruturação compreendia não apenas a criação da Secretaria de Aviação Civil e a adoção de outras medidas de

---

<sup>95</sup> §4º do art. 5º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional: “Quanto ao mérito, a Comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da Medida Provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto: I - pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria; e II - pela apresentação de projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, o qual terá sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados”.

<sup>96</sup> Nesse aspecto, as informações prestadas ao Senado Federal na ADIN 4.655, equivocadamente, se referem aos incisos I e II do art. 1º da Lei Complementar nº 95/1998. Entretanto, além de o art. 1º da referida lei complementar não conter incisos, o dispositivo que trata dos princípios do objeto único e da pertinência temática entre a matéria e o objeto da lei é o art. 7º. O art. 7º, nos seus incisos I e II da Lei Complementar nº 95/1998, assim dispõe: “O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Ainda, o parágrafo único do art. 1º da referida lei complementar assim estabelece: “As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo”.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fls. 11-12. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

ordem administrativa, mas igualmente a realização de inúmeras obras e serviços, é inegável que o regime diferenciado de contratações constitui matéria conexa à inicialmente tratada na medida provisória, porque compreende um procedimento licitatório específico destinado a viabilizar obras, compras e serviços indispensáveis aos eventos esportivos já mencionados.

[...]

Não obstante, a finalidade principal do ato legislativo emanado da Senhora Presidenta da República era a criação da Secretaria de Aviação Civil e, conjuntamente, a reestruturação do sistema aéreo nacional, em face da proximidade dos eventos esportivos que serão realizados no Brasil a contar de 2013. Para a efetivação de tais medidas, mostra-se imprescindível a realização de obras e serviços de grande vulto e num espaço muito reduzido de tempo, que, pela experiência brasileira, é incompatível com a legislação nacional sobre licitações.<sup>98</sup>

Para finalizar este tópico, vale dizer que existe o entendimento de que a pertinência temática das emendas parlamentares só deve ser exigível se relacionada a matérias de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, II da Constituição Federal). Logo, “o tema relativo à licitação, por não estar inserido na competência legislativa privativa do Chefe do Executivo, poderia ser inserido por emenda parlamentar”.<sup>99</sup> Nesse sentido, manifestou-se o Advogado-Geral da União:

Registre-se que o poder de emendar consiste em prerrogativa inerente ao exercício da atividade parlamentar. Diante disso, a intervenção do Poder Legislativo em projetos de lei é autorizada mesmo nas hipóteses de iniciativa reservada e de conversão de medidas provisórias, sendo que, nesses casos, as únicas restrições impostas aos parlamentares são aquelas fixadas em *numerus clausus* pela Constituição Federal.<sup>100</sup> [...]

Assim, pode-se concluir que, se o assunto incluído no projeto de lei ou na medida provisória por meio de emenda parlamentar tiver relação de afinidade lógica com o seu texto original, mas não constituir matéria de iniciativa reservada, não haverá que se falar em violação a tal iniciativa privativa ou ao princípio da separação dos Poderes.<sup>101</sup>

Contudo, não podemos deixar de dizer que projeto de lei de iniciativa privativa do Executivo não se confunde com medida provisória. Aliás, a doutrina é divergente quanto à natureza jurídica desta última. Para Paulo Gustavo Gonet Branco,

as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro de separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta com o poder de editá-las. Ostentam nítida feição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fl. 12. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. p.4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2013.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fls. 17-20. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fl. 20. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante.<sup>102</sup>

Para estampar o posicionamento diverso, vejamos as palavras de José Levi Mello:

é ato normativo primário, e provisório, circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo, desde logo, força, eficácia e valor de lei. Em suma, é materialmente lei. Na prática, a medida provisória funcionava – e continua a funcionar – como um projeto de lei com eficácia antecipada, circunstancia essa, que impõe, em caráter inafastável, a necessidade do pronunciamento parlamentar.<sup>103</sup>

Considerando que não devemos confundir “ser lei” com o fato de “ter força de lei”, temos Joel de Menezes:

Entretanto, não se pode confundir força de lei com a própria lei. A medida provisória, segundo o enunciado do artigo 62 da Constituição Federal, reveste-se de força de lei, isto é, inova a ordem jurídica, criando, modificando e extinguindo direitos. Ora, nesse sentido, a Constituição também inova a ordem jurídica, embora não se ouse equipará-la à lei. É lícito afirmar, portanto, que a medida provisória, tal qual a Constituição, tem força de lei, que se traduz na força normativa, criadora de direito, porém sem equiparar-se à lei.<sup>104</sup>

Assim, se considerarmos que a medida provisória não se confunde com lei de iniciativa privativa do Presidente da República, em uma última análise, podemos dizer que embora o STF entenda que a sanção presidencial não convalida o vício formal,<sup>105</sup> isso diz respeito somente à lei de iniciativa do Presidente da República, e não à medida provisória, que, de acordo com determinada corrente, não pode ser considerada a mesma coisa que lei. Entretanto, conforme já exposto, há controvérsias.

#### ***4.3.2. O Administrador Público como legitimado para identificar o objeto a ser lícitado***

Como vimos anteriormente na exposição dos argumentos das supostas inconstitucionalidades levantados pelas ADINs 4.645 e 4.655, alega-se que os arts. 1º, I e II, e 65 da Lei nº 12.462/2011 não estabeleceram parâmetros mínimos para a identificação de

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 926.

<sup>103</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em Lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 122.

<sup>104</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 83.

<sup>105</sup> “A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula 5/STF. Doutrina. Precedentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN 2.867, Rel. Min. Celso de Mello, J. 3-12-2003, Plenário, DJ de 9-2-2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2014).

obras, serviços e compras submetidos ao Regime Diferenciado de Contratações, conferindo ao à Autoridade Pública Olímpica, ao Comitê Gestor da Copa do Mundo Administrador Público e à matriz de responsabilidades essa função. De tal forma, ao atribuir ao Administrador Público a função de selecionar as obras e serviços submetidos ao RDC, argumentou-se que a Lei nº 12.462/2011 estaria ferindo a Constituição Federal.

Contrariamente, o Senado Federal defendeu a constitucionalidade dos dispositivos mencionados, afirmando que a Constituição Federal apenas exige que obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante prévio processo licitatório que garanta a igualdade entre os concorrentes, o que quer dizer que a questão só será inconstitucional se o processo de licitação não for regulado por lei ou não assegurar o princípio da igualdade entre os concorrentes:

O parâmetro constitucional não predetermina os regimes licitatórios, tampouco os critérios de escolha entre a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011. Nesse sentido, o enquadramento de uma licitação no regime diferenciado de contratações, no regime geral ou no regime do pregão é questão infraconstitucional que não desafia o controle de constitucionalidade.<sup>106</sup>

Além disso, o Senado Federal enfatizou que o art. 1º, incisos I e II da Lei nº 12.462/2011 estabelece de modo objetivo e claro quais obras, compras e serviços serão regidas pelo RDC:

[...] em sentido diametralmente oposto ao afirmado na exordial, a legislação infraconstitucional, nos termos do art. 37, inc. XXI, da CF, disciplina um procedimento licitatório chamado de regime diferenciado de contratações (norma geral), o qual assegura a isonomia entre os participante e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração e, logo no primeiro artigo, especifica de modo claro e objetivo quais obras, serviços e compras submeter-se-ão a sua disciplina.

Evidentemente que a lei atacada não poderia mencionar individualmente todas as obras, serviços e compras a adotarem o regime em todos os Estados e Municípios do país, bem como no Distrito Federal. Previsão desse tipo resultaria incompleta e engessaria o administrador público. Ademais, seria desnecessária sob o prisma jurídico.

[...]

**O papel perfeitamente cumprido pela Lei nº 12.462/2011 era o de prescrever, de modo geral e abstrato, quais seriam as hipóteses de incidência do regime diferenciado de contratações e qual o *iter procedimental* por ele compreendido,** ao que chamamos de regime de licitação pública, em perfeita obediência ao art. 37, inc. XXI, da CF. (grifo do autor)<sup>107</sup>

No mesmo sentido, temos o entendimento do Advogado-Geral da União:

É certo que não poderia o legislador determinar, de forma antecipada e taxativa, quais obras necessárias à realização dos eventos esportivos. A questão merece maior

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fl. 21. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fls. 19-21. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

destaque diante do fato de estar o Brasil sujeito a exigências diversas provenientes dos órgãos responsáveis pelos eventos, como a Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA e o Comitê Olímpico Internacional – COI. Portanto, ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a lei sob investida não poderia antever quais obras, serviços e compras deveriam estar submetidos a referido procedimento.<sup>108</sup>

Assim sendo, ao delegar ao administrador a função de especificar as obras, serviços e compras decorrentes do RDC, busca-se evitar o engessamento da atividade administrativa. Na verdade, a Lei nº 12.462/2011 estabelece preceitos gerais e abstratos quanto ao campo de incidência do RDC, sendo certo que ao administrador público é cabível somente a subsunção fática, ou seja, a identificação da obra, do serviço ou das compras que se submetem ao RDC.<sup>109</sup> Além disso,

[...] todos os atos praticados com fundamento na Lei atacada devem ser motivados, por expressa determinação do art. 37, *caput*, da CF e do art. 1º, S 2º, da Lei nº 12.462/2011, e submetem-se aos órgãos de controle interno e externo competentes, especialmente a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, que poderão fiscalizar concretamente o enquadramento fático das obras, dos serviços e das compras submetidas ao regime diferenciado de contratações.<sup>110</sup>

Por fim, conforme lembrado pelo Advogado-Geral da União, a discricionariedade conferida ao Administrador Público no que se refere à faculdade de escolher entre a adoção da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011) não é algo inovador no campo das contratações públicas.<sup>111</sup> Em seu art. 1º, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) também prevê essa faculdade ao dizer que “Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei”.

#### ***4.3.3. A contratação integrada coadunada à celeridade e à eficiência das contratações públicas***

Conforme o art. 8º da Lei nº 12.462/2011, admite-se a execução indireta de obras e serviços de engenharia por meio dos seguintes regimes: I) empreitada por preço unitário; II)

---

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fl. 25. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fls. 22-23. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fls. 22-23. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fls. 26-27. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

empreitada por preço global; III) contratação por tarefa; IV) empreitada integral; ou V) contratação integrada.

Antes da edição da Lei nº 12.462/2011, os regimes de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa e empreitada integral já tinham previsão no art. 10, II da Lei nº 8.666/1993. Tendo em vista o objetivo que o objetivo do presente trabalho é o da exposição de temas polêmicos da Lei nº 12.462/2011 em relação à Lei nº 8.666/1993, não nos cabe, aqui, explicar exaustivamente esses regimes. Contudo, apenas para o fim de situar o estudo do presente tópico, resumiremos em que se baseia cada um desses regimes no próximo parágrafo.

A empreitada por preço global é o regime de execução em que a Administração Pública realiza a contratação da obra ou serviço pelo seu preço total com o objetivo de obter, por meio de um só preço, a integralidade da execução da obra ou do serviço.<sup>112</sup> A empreitada por preço unitário se dá quando a remuneração do contratado advém “da aplicação dos preços unitários, previsto no contrato para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desse trabalho realmente executadas, segundo se comprovar por medição periódica”.<sup>113</sup> A contratação por tarefa é o regime cujo objeto é a prestação de mão de obra para trabalhos de menor vulto, com ou sem o fornecimento de materiais e com remuneração pequena e certa.<sup>114</sup> Já o regime de empreitada integral (ou *turn-key*) é uma espécie de empreitada de preço global adequada às situações que envolvam alto grau de complexidade, requerendo, assim, a identificação precisa e detalhada de todas as etapas e custos do empreendimento. Nas palavras de Marçal Justen Filho, tal regime tem como peculiaridade a “abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um ‘empreendimento’ em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento”.<sup>115</sup>

Pelo Regime Diferenciado de Contratações, a contratação integrada é um regime similar ao da empreitada integral, pois o contratado deve entregar a obra ou serviço em estado apto para o seu pleno funcionamento. Contudo, sua peculiaridade reside no fato de que o licitante vencedor, além de ficar encarregado da execução das obras e serviços de engenharia,

---

<sup>112</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 195-196.

<sup>113</sup> MARTINS, Licínio Lopes *apud* MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Ibidem*, p. 198.

<sup>114</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 199.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 138.

também fica delegado a elaborar os projetos básico e executivo (art. 9º, *caput* da Lei 12.462/2011).<sup>116</sup>

Em suma, conforme dispõe o art. 9º, §1º, da Lei nº 12.462/2011, a contratação integrada contém “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Juntamente com os regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, a contratação integrada é um regime de adoção preferencial (parágrafos 1º e 2º do art. 8º da Lei nº 12.462/2011), devendo haver, nesse último caso, a devida motivação (art. 9º, *caput*, Lei nº 12.462/2011).<sup>117</sup>

Também é importante dizer que a contratação integrada afasta a sistemática do fracionamento do objeto licitado previsto na Lei nº 8.666/1993, em seu art. 23, §1º. De acordo com o referido dispositivo:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

No mesmo sentido, a contratação integrada difere das regras da Lei nº 8.666/1993 (art. 7º, §2º, I e art. 9º), que assim dispõem:

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

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.
- [...]

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

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

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;

<sup>116</sup> A Lei nº 12.462/2011 não inovou no ordenamento jurídico ao prever o regime da contratação integrada. O Regulamento do Procedimento Licitatório da Petrobras (Decreto nº 2.745/1998), em seu item I.9 prevê, sempre que economicamente recomendável, a utilização da contratação integrada, “compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, 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”. Quanto à elaboração do projeto básico pelo particular, além da situação disposta no Regulamento da Petrobras, as Leis nº 8.987/1995 e 9.074/1995 já autorizavam tal sistemática para os contratos de concessão comum e para os contratos de concessão patrocinada e administrativa dispostos na Lei nº 11.079/2004.

<sup>117</sup> O art. 9º da Lei nº 12.462/2011 estabelece que, nas licitações de obras e serviços de engenharia no RDC, a contratação integrada poderá ser utilizada desde que técnica e economicamente justificada.

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Como vimos anteriormente, as ADINs 4.645 e 4.655 alegavam que o afastamento do projeto básico do instrumento convocatório conferia elevado grau de subjetivismo para o administrador público, ferindo, assim, os princípios da moralidade e da impessoalidade. Em contrapartida, a ausência de um projeto básico não significa dizer que a Administração promoverá a licitação sem quaisquer parâmetros.<sup>118</sup> Conforme preceitua o art 9º, §2º, I da Lei nº 12.462/2011, exige-se a apresentação do chamado “anteprojeto de engenharia”, que deverá contemplar as seguintes informações: a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; a estética do projeto arquitetônico; os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

Ainda, o inciso II do §2º, art. 9º, da Lei nº 12.462/2012 estabelece que o valor estimado da contratação deve ser calculado tendo como parâmetro os valores praticados pelo mercado, os valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou a avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. Percebe-se, então, que o anteprojeto de engenharia passa a ser o referencial para identificar o objeto a ser licitado. Em outras palavras, no anteprojeto de engenharia devem conter elementos essenciais que possibilitem a identificação do objeto a ser licitado. Dessa forma, a Administração Pública deve fazer estudos preliminares para embasá-lo, realizando uma estimativa do impacto ambiental e dos custos imprescindíveis para a licitação.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. p. 11. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em 29 de dez. 2013.

<sup>119</sup> REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 165.

Em manifestação à ADIN 4.655, o Advogado-Geral da União argumentou que a contratação integrada confere vantagem à Administração Pública, uma vez que as eventuais falhas existentes no projeto básico recai sobre aquele que elaborou o projeto básico:

[...] a contratação integrada possui uma grande vantagem, pois inviabiliza a celebração de termos aditivos, frequentemente solicitados com base em falhas do projeto básico.

Assim, considerando que foi o próprio contratado, vencedor do certame, o responsável pela elaboração do projeto básico, sobre ele deverá recair as eventuais falhas ali constantes. É de se notar que o § 4º do artigo 9º da lei hostilizada expressamente vedou, ressalvadas as exceções previstas em seus incisos I e II, a celebração de aditivos em contratos licitados dessa forma.<sup>120</sup>

Logo, percebe-se que a contratação integrada está profundamente ligada ao princípio da eficiência, já que busca evitar que planejamentos deficientes ocasionem riscos para as contratações públicas.<sup>121</sup> Na verdade, o contratado, além de executar a obra, também fica responsável pelas instalações do empreendimento e perante os eventuais fornecedores, revelando, assim, grande vantagem para a Administração Pública, pois o gestor público nem sempre possui conhecimento e meios para avaliar os tecnicismos do projeto básico.

Dito de outra forma, a contratação integrada possibilita que prestações contratuais diversas sejam licitadas juntamente, conferindo vantagem para a Administração Pública. Nas palavras de Reisdorfer:

A iniciativa de atribuir a elaboração do projeto básico encontra justificativa em imperativos de eficiência, sob os prismas técnico e econômico. Por um lado, reputa-se que em alguns casos o envolvimento do parceiro privado na elaboração do projeto pode possibilitar a obtenção de ganhos de eficiência na execução do contrato, dada a sua potencial *expertise*. Por outro lado, promove-se o deslocamento de uma parcela maior dos riscos relativos à execução do contrato ao particular, na proporcional medida das novas responsabilidades assumidas em razão da concepção do projeto a ser implementado.<sup>122</sup>

Vale dizer que, conforme salientam Jaques Reolon e Jorge Ulisses Jacoby, em decorrência da complexidade e da tecnologia existente no mercado, torna-se impossível para o

---

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fl. 29. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>121</sup> REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no regime de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 173.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 159.

servidor público ter conhecimento suficiente pra produzir um projeto básico com nível de detalhamento que é exigido pela lei e pelos órgãos de controle.<sup>123</sup> Os autores esclarecem:

Centenas de acórdãos do Tribunal de Contas da União aplicaram multas a agentes públicos porque não elaboraram projetos básicos com todos os elementos exigidos em lei. Para a ação do controle, essa deficiência acarreta o dever da Administração de aceitar alterações de preços em contratos e a inclusão de novos itens em planilhas, tornando-a refém das exigências das empresas contratadas. Refém porque ou se aceita a alteração ou se reinicia o processo, rescindindo o contrato, promovendo o acerto de contas entre o executado e o pago, elaborando o projeto básico para a continuidade da obra e procedendo-se a nova licitação e novo contrato.<sup>124</sup>

De tal forma, com o instituto da contratação integrada, o RDC procurou conferir maior celeridade para as contratações públicas, visto que o anteprojeto de engenharia possui um menor grau de detalhamento se comparado ao projeto básico no que se refere, principalmente, às plantas, às estimativas de custos e aos memoriais descritivos.<sup>125</sup>

De acordo com Ribeiro, Prado e Pinto Junior, a alegação de que a contratação integrada fere a competição dos licitantes pode ser rechaçada com o argumento de que “há casos em que a coligação contratual propicia ganhos significativos ao contratante público, em razão das sinergias daí decorrentes”. Isso se deve ao fato de que “as economias de escala e escopo apropriáveis pelo contratado privado tendem a estar refletidas nas condições da proposta vencedora”. Logo, deve-se buscar modelos que possibilitem a consecução dos princípios da eficiência e da economicidade, ainda que isso ocasione a diminuição do número dos potenciais licitantes.<sup>126</sup> Em outras palavras, a competição entre os licitantes deve ser sopesada em face da busca pela realização da melhor contratação para a Administração Pública, dando lugar também às tentativas que busquem fomentar a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público, em nome de uma maior eficiência.

Dito isso, percebe-se que a contratação integrada está coadunada com a celeridade e eficiência das contratações públicas, já que, conforme entendem Rafael Oliveira e Rafael Freitas, além de dar oportunidade de inovação ao contratado, confere a este a oportunidade de elaborar técnicas e soluções para o desenvolvimento do objeto, contribuindo para a redução

---

<sup>123</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; REOLON, Jaques Fernando. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. In: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 245.

<sup>124</sup> *Idem*.

<sup>125</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 48.

de riscos e custos para a Administração Pública.<sup>127</sup> Por outro lado, não podemos esquecer que a utilização da contratação integrada deve ser justificada técnica e economicamente (art. 9º, *caput*, Lei nº 12.462/2011), o que ocorre somente quando há a transferência da responsabilidade de implantação, de operação e manutenção ao contratado da obra, já que, nesse caso, existiriam incentivos para ganhos de eficiência, fazendo-se cumprir os indicadores de qualidade e quantidade previstos contratualmente.<sup>128</sup>

#### ***4.3.4. A pré-qualificação permanente e a sua contribuição para a celeridade dos procedimentos licitatórios***

A pré-qualificação permanente foi estabelecida nos art. 29 e 30 da Lei nº 12.462/2011, com as seguintes disposições:

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:  
I - pré-qualificação permanente;  
[...]

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

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

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

A pré-qualificação é um procedimento auxiliar das licitações. Em suma, conforme definição dada por Motta e Bicalho, significa “o procedimento anterior à licitação destinado a

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. p. 13. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2013.

<sup>128</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pp. 46-47.

identificar fornecedores habilitados e bens a serem fornecidos à Administração”.<sup>129</sup> Dito de outra forma, trata-se de um procedimento que não se sujeita a um processo licitatório específico, pois seu resultado pode ser aproveitado pela Administração Pública para outros processos licitatórios futuros. Nos brilhantes dizeres de Marçal Justen Filho, a utilidade da pré-qualificação baseia-se no seguinte:

Amplia-se a eficácia da atividade administrativa desenvolvida no curso da pré-qualificação e reduz-se a burocracia e a demora para promover um número indeterminado de licitações futuras.

Outra vantagem consiste na redução dos custos dos licitantes. As despesas relativas à comprovação da qualificação técnica ou da qualidade mínima do produto são realizadas em uma única oportunidade. [...]

Ademais, há outra vantagem relevante, consistente na eliminação do risco de decisões contraditórias. Se os temas analisados no âmbito da pré-qualificação fossem examinados no curso de cada licitação específica, haveria o risco de decisões contraditórias. Esse risco desaparece quando se prevê que uma única e prévia decisão produzirá efeito em relação a uma série de licitações e contratações futuras.

Por outro lado, isso amplia a segurança dos licitantes e a previsibilidade das decisões administrativas futuras. Os sujeitos pré-qualificados estão investidos numa posição jurídica que afasta a incerteza quanto ao conteúdo da atuação administrativa. Isso produz inclusive uma redução dos chamados custos de transação.<sup>130</sup>

Dito isso, é oportuno realçar que o presente instituto se diferencia daquele previsto na Lei nº 8.666/1993. A pré-qualificação prevista no art. 114 da Lei nº 8.666/1993 diz respeito à avaliação da qualificação técnica dos interessados para uma licitação específica, isto é, nada mais é do que “uma *antecipação da fase de habilitação técnica de específica licitação*”.<sup>131</sup> Já a pré-qualificação prevista na Lei nº 12.462/2011 é “permanente”, ou seja, é cabível para várias licitações em que haja o atendimento a determinados requisitos técnicos e de qualidade.

A pré-qualificação permanente não é obrigatória. Trata-se de um procedimento que se insere na seara discricionária do Administrador Público, cabendo a este realizá-la ou não.<sup>132</sup> Além disso, conforme incisos I e II do art. 30 da Lei nº 12.462/2011, é um procedimento que pode estar relacionado com a identificação de bens (dimensão objetiva) ou com a habilitação técnica de potenciais fornecedores (dimensão subjetiva). O procedimento tem validade máxima de um ano e pode ser atualizado a qualquer tempo (§5º do art. 30 da Lei nº

<sup>129</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 257.

<sup>130</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 324.

<sup>131</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 208.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 211.

12.462/2011) e, em caso de atualização, deve se obedecer às mesmas práticas adotadas na pré-qualificação originária, respeitando, assim o princípio da isonomia dos licitantes.<sup>133</sup>

Conforme o §3º do art. 30 da Lei nº 12.462/2011, a pré-qualificação pode ser total ou parcial. Será parcial quando o cumprimento de determinada exigência da pré-qualificação atender parte dos requisitos para habilitação do sujeito. Será total quando forem atendidas todas as exigências da pré-qualificação para a habilitação do sujeito em uma licitação específica.<sup>134</sup>

A polêmica gerada à regra da pré-qualificação permanente e que foi objeto de arguição de inconstitucionalidade pela ADIN 4.655 gira em torno da competitividade no âmbito das licitações. Conforme visto, argumenta-se que os arts. 29, I,<sup>135</sup> e 30,<sup>136</sup> da Lei nº 12.462/2011 teriam prejudicado a competitividade nas licitações ao prever que os não pré-qualificados não poderiam participar das licitações. Porém, conforme bem elucida Marçal Justen Filho, a restrição do certame somente aos pré-qualificados não é incompatível com a Constituição, pois as exigências da pré-qualificação não são as mesmas existentes na fase da habilitação ou na admissão de um produto em determinada licitação.<sup>137</sup> Em outras palavras, a pré-qualificação não traz em seu bojo a criação de exigências legais para as contratações públicas, mas simplesmente adianta uma etapa que seria realizada posteriormente. Assim, a decisão referente à habilitação é gerada antes da realização de uma licitação específica.<sup>138</sup> Vejamos, então, as palavras do ilustre autor:

---

<sup>133</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Op. cit.*, p. 211.

<sup>134</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 108.

<sup>135</sup> Art. 29 da Lei nº 12.462/2011: “São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I - pré-qualificação permanente; [...]”.

<sup>136</sup> Art. 30 da Lei nº 12.462/2011: “Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a 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. §1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados. §2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento. §3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores. §4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes. §5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo”.

<sup>137</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 342.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 342-343.

[...] ninguém ousaria afirmar que a exigência da experiência anterior compatível com o objeto da licitação configuraria uma violação ao requisito da isonomia. Esse requisito é constitucional porque promove tratamento igual aos que se encontram em situação idêntica e desigual aos que a apresentam situação diversa. A pura e simples previsão de requisitos de habilitação não infringe a isonomia, muito pelo contrário. Adotar tratamento diferenciado para os que não são idênticos é uma decorrência do princípio da isonomia.<sup>139</sup>

Para o referido autor, o problema não diz respeito à restrição da participação no procedimento licitatório aos pré-qualificados, mas sim à eventual infringência ao princípio da proporcionalidade, que acontece, por exemplo, quando há a exigência de requisitos de pré-qualificação inúteis ou desnecessários para fins da contratação da Administração Pública.<sup>140</sup> De tal forma, a pré-qualificação deve ser delineada para garantir o maior número de competidores possível, o que pode ser alcançado com exigências que realmente exteriorizem as necessidades da Administração Pública em suas contratações e que afastem burocracias desnecessárias.

Nas palavras do Advogado-Geral da União, a finalidade da pré-qualificação consiste em

[...] agilizar a licitação, tendo em vista que evita a tentativa de habilitação de candidatos que não possuam idoneidade financeira, capacidade técnica, capacidade jurídica ou regularidade fiscal para concorrerem ao objeto do certame. Desse modo, evitam-se as discussões e recursos decorrentes da rejeição de determinado candidato, tornando a licitação mais célere.<sup>141</sup>

Ora, um dos objetivos da pré-qualificação é evitar que participantes inaptos participem do certame, atendendo, assim, ao princípio da celeridade, já que o tempo de cada licitação acaba se reduzindo em razão da apresentação prévia dos documentos que comprovam a habilitação para fornecimento de bens e serviços específicos.<sup>142</sup> Em outras palavras, com a pré-qualificação, a Administração ganha tempo ao não precisar analisar as habilitações de cada certame.

Contudo, Marçal Justen Filho alerta que a Administração Pública deve ser cautelosa na utilização do sistema de pré-qualificação. Assim, pelo fato de a pré-qualificação ensejar a participação delimitada de competidores, deve a Administração examinar as condutas dos

---

<sup>139</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>140</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fl. 32. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>142</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 108.

participantes pré-qualificados nos certames, de modo a repreender eventuais condutas reprováveis.<sup>143</sup>

Por outro lado, é importante dizer que não existem princípios absolutos no Direito. O Administrador deve ponderar os princípios, aplicando-os de forma equilibrada em cada caso concreto. Assim, no caso da pré-qualificação permanente, o princípio da ampla competição deve ser ponderado com o princípio da celeridade, de modo a atender o interesse público, proporcionando sempre a melhor solução para fins de uma contratação pública eficiente.

#### ***4.3.5. A remuneração variável como um estimulante para a eficiência das contratações públicas***

O art. 10 da Lei nº 12.462/2011 permite a estipulação de uma remuneração variável de acordo com o desempenho da contratada:

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

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

Como se depreende do artigo acima, a remuneração variável é um mecanismo contratual que visa submeter a remuneração da contratada à consecução de um resultado futuro que se baseia em metas, padrões de qualidade, prazos predefinidos e critérios de sustentabilidade ambiental.

Pelos dizeres do art. 10 da Lei nº 12.462/2011, a princípio, a aplicação da remuneração variável está restrita à contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia. Para Bruno Aurélio, a opção legislativa em não estender a remuneração variável para a aquisição de bens se deve às próprias características desses contratos, uma vez que tais contratos são, em regra, de trato instantâneo. Em outras palavras, a entrega de um bem será feita de acordo com o prazo estipulado no contrato, inviabilizando, assim, qualquer avaliação de desempenho do particular contratado.<sup>144</sup> Para Schwind, contudo, em tese seria cabível utilizar a remuneração

---

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 338.

<sup>144</sup> AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 84.

variável para os contratos de aquisição de bens, pois sem sempre estes serão de trato instantâneo:

Pode haver o fornecimento de bens com regularidade durante determinado período. Além disso, mesmo que se trate de uma contratação de fornecimento único, o estabelecimento de metas diferenciadas que proporcionem vantagens adicionais à Administração não seria de todo desarrazoada nem incompatível com esse tipo de ajuste.<sup>145</sup>

Entrando no aspecto polêmico visto anteriormente, na ADIN 4.645 argumentou-se que a remuneração variável confere alto grau de discricionariedade ao gestor público, ferindo os princípios da moralidade e da impessoalidade atinentes à licitação, já que a remuneração variável estaria vinculada a um evento futuro e incerto. Contudo, não podemos deixar de lado o fato de que o mecanismo em comento pode proporcionar consideráveis vantagens para a Administração Pública, ampliando, assim, a eficiência nas contratações.

Aliás, não se trata de um mecanismo inovador no campo das contratações públicas. A Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), em seu art. 5º, inciso VII, já estabelecia que os contratos de Parcerias Público-Privadas deveriam obedecer a critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado. Além disso, o antigo parágrafo único do art. 6º da referida Lei, agora disposto no §1º devido a modificações feitas pela Lei nº 12.766/2012, já enfatizava a tendência que visa conferir maior eficiência ao sistema das contratações públicas, estabelecendo que o contrato poderia prever o pagamento de remuneração variável ao parceiro privado de acordo com o seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos previamente no contrato.

No que se refere à Lei nº 12.462/2011, a Advocacia-Geral da União, em contraposição às arguições de inconstitucionalidade do dispositivo em comento, se posicionou no sentido de que a remuneração variável busca proporcionar a consecução do princípio da eficiência nas contratações públicas, já que o pagamento dos valores é feito de acordo com o desempenho da contratada:

A remuneração variável consiste na possibilidade de a Administração pagar ao contratado um valor maior ou menor do que o originalmente pactuado em função do cumprimento de metas previamente fixadas (prazo, qualidade, sustentabilidade etc.), em estrita conformidade com parâmetros e limites previamente definidos no instrumento convocatório. Os valores a serem percebidos não serão alterados injustificadamente após a conclusão das obras, mas sim variarão conforme cláusulas previamente estabelecidas. É instrumento contratual indutivo, que almeja maximizar o interesse público em seus aspectos técnicos e orçamentários, calcado em

---

<sup>145</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 184.

parâmetros objetivos e pré-estabelecidos. Não há, de forma alguma, margem desarrazoada à discricionariedade.<sup>146</sup>

Assim, o mecanismo da remuneração variável deve ser entendido de acordo com os objetivos do RDC (art. 1º da Lei nº 12.462/2011), ou seja, deve ter como finalidade a de estimular uma maior eficiência no campo das contratações públicas, de modo que, por meio da competição isonômica entre particulares e de incentivos à inovação tecnológica, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública seja, enfim, selecionada.<sup>147</sup>

A remuneração variável deve ser entendida como um meio de se alcançar um benefício adicional para a Administração Pública. Dessa forma, como bem explica Schwind, não há que se falar em abandono dos deveres de qualidade e das obrigações do contratado, pois em algumas situações, a remuneração variável configurará a solução mais vantajosa para a Administração Pública, pois esta só realizará o pagamento se a mesma receber algum benefício com a contratação.<sup>148</sup> Assim sendo, o autor explica que é um equívoco pensar que a remuneração variável acarretaria na elevação de gastos indevidos para a Administração Pública, pois é evidente que a incerteza da realização do resultado fundamenta uma remuneração mais elevada, tendo em vista a elevação do risco assumido pelo particular. Por outro lado, não haverá oneração indevida para Administração Pública, pois a remuneração só será devida ao particular se forem obtidas as vantagens desejadas pela Administração. Nas palavras do autor, isso nada mais é “do que encontrar a justa medida entre a relevância do benefício almejado pela Administração e o montante da remuneração a ser paga ao contratado”.<sup>149</sup>

Em relação à Lei nº 8.666/1993, podemos dizer que o RDC rompeu com a regra de que o custo deve corresponder exatamente ao preço. É através da remuneração variável que se busca garantir um padrão de qualidade das obras e serviços a serem prestados em tempo hábil.

---

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.645, fl. 9. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>147</sup> AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82.

<sup>148</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 179.

<sup>149</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 179.

Nas palavras de Ribeiro, Prado e Pinto Junior, aposta-se “no ganho da eficiência que a nova sistemática poderá trazer para as contratações públicas, mormente quando o fator tempo tiver um custo relativo bastante elevado”.<sup>150</sup>

Com efeito, para fins de remuneração variável, a Administração deve considerar, em cada caso específico, o nível do risco assumido pelo particular, assim como a importância das vantagens almejadas pela Administração e as práticas de mercado, sem, contudo, deixar de considerar o princípio da economicidade, o que quer dizer que a remuneração deve ser limitada.<sup>151</sup> Para tanto, a atuação pública deve ser motivada tecnicamente, sendo sempre pautada em critérios objetivos, de modo a evitar qualquer atuação de juízo pessoal dos gestores públicos,<sup>152</sup> atendendo, assim, ao princípio da impessoalidade. Logo, as metas, os padrões de qualidade, os critérios de sustentabilidade ambiental ou o prazo de entrega devem estar profundamente ligados ao objeto do contrato e aos interesses da Administração Pública, sob pena de ocorrência de desvio de finalidade.

Realizado da maneira que deve ser, o mecanismo da remuneração variável poderá configurar grandes vantagens à Administração Pública e, em consequência, economia aos cofres públicos. Objetiva-se incentivar a eficiência nas contratações públicas na medida em que relaciona os contratos de risco e os recursos públicos à consecução de reais vantagens à Administração Pública. Ainda, como bem salienta Schwind, é preciso incentivar a criatividade da Administração, de modo a permitir uma flexibilidade contratual que corresponda ao dinamismo da atualidade.<sup>153</sup>

#### ***4.3.6. O sigilo de orçamento e a dispensa de publicação em Diário Oficial frente aos princípios licitatórios da publicidade e da economicidade***

O art. 6º da Lei nº 12.462/2011 assim estabelece:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da

---

<sup>150</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

<sup>151</sup> *Idem*.

<sup>152</sup> AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 92.

<sup>153</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 197.

licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 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.

Como se vê, o dispositivo supracitado dispõe, no que toca ao objeto licitado, que o orçamento estimado pela Administração Pública não será divulgado previamente aos licitantes. De tal forma, somente após o término da licitação é que o orçamento passa a ser divulgado aos interessados.

Assim, é notório a distinção que o dispositivo em comento apresenta em relação à Lei nº 8.666/1993. No caso desta, seja qual for a modalidade licitatória ou tipo de contratação a ser seguida, é obrigatório a ampla divulgação do orçamento estimado.<sup>154</sup> Logo, a inovação do dispositivo trouxe à baila diversos questionamentos. Conforme tivemos a oportunidade de notar no item 4.2.6 do presente capítulo, a polêmica foi tamanha que a ADIN 4.645 chegou a questionar de maneira específica a constitucionalidade da norma. Contudo, de modo a sopesar os questionamentos suscitados, reservaremos este espaço para tecer comentários diversos dos daqueles suscitados pela referida ADIN.

Sabe-se que a Constituição Federal elenca diversos princípios atinentes à licitação, tais como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput* da Constituição Federal). Sendo da natureza do Estado Democrático de Direito e uma manifestação do princípio republicano, o princípio da publicidade prescreve que “não existem assuntos internos ou reservados à intimidade da Administração”,<sup>155</sup> sendo certo que o agente público deve atuar de acordo com o maior nível de transparência possível, para que assim seja assegurada a isonomia dos licitantes no certame. Contudo, tal princípio deve ser ponderado, de modo a evitar que a ampla publicidade acarrete a ineficácia das contratações. Desse modo, toda vez que “a finalidade buscada com determinada providência possa ser

---

<sup>154</sup> Isso pode ser evidenciado pelos seguintes dispositivos da Lei nº 8.666/1993: art. 6º, IX, f; art. 7º, §2º, II; §8º do art. 7º; art. 40, §2º, II; §1º do art. 40.

<sup>155</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 75.

frustrada pela sua divulgação (publicidade) prévia, deve-se admitir o diferimento, a postergação de sua divulgação”.<sup>156</sup>

Conforme ensina Marçal Justen Filho,

a disciplina constitucional da publicidade dos atos administrativos não exclui o cabimento de que certas informações pertinentes a processos administrativos em curso sejam mantidas em sigilo, quando tal for determinado como necessário para o atingimento de certos fins, nos termos da lei.<sup>157</sup>

Dessa forma, “a publicidade poderá ser suprimida até o momento em que a providência cautelar tenha sido concretizada, evitando-se o dano que ela se destinava a impedir”.<sup>158</sup> Logo, uma vez concretizada a providência cautelar, a publicidade até então suprimida deverá ser amplamente divulgada.

Assim, o simples fato de a Lei Geral de Licitações prever a divulgação prévia do orçamento estimado não quer dizer que este seja o melhor modelo a ser seguido. Ademais, não há nenhuma regra específica na Constituição que preveja a divulgação prévia do orçamento estimado como um caminho a ser necessariamente seguido.

Com efeito, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 6º, prevê que o orçamento estimado seja divulgado apenas após a realização do certame, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das eventuais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Ora, o sigilo do orçamento estimado pode influenciar os efeitos dos comportamentos dos licitantes de forma positiva para a Administração Pública. Primeiramente, deve se considerar o fato de que há um incentivo à redução dos preços quando os licitantes não sabem previamente qual o orçamento estimado pela Administração Pública. Em outras palavras, a não ser no caso de conluio fraudulento, o licitante não tem como saber o parâmetro utilizado pelos outros licitantes para a elaboração das propostas, o que, consequentemente, gera uma redução dos preços das mesmas. Em segundo lugar, para alguns, ampliar-se-ia a competição,<sup>159</sup> acarretando na consecução da contratação mais vantajosa para a

---

<sup>156</sup> CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 89.

<sup>157</sup> JUSTEN FILHO, Marçal *apud* CARDOSO, André Guskow. *Ibidem*, p. 90.

<sup>158</sup> CARDOSO, André Guskow. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>159</sup> CARDOSO, André. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 94.

Administração Pública, possibilitando, assim, o atendimento aos pressupostos da licitação pública.<sup>160</sup>

Assim, vale ressaltar que a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 6º, apenas autoriza o sigilo do orçamento estimado. Logo, o sigilo não abrange os quantitativos do objeto a ser licitado, nem mesmo os outros itens necessários para a elaboração das propostas.<sup>161</sup>

Vale dizer que o Tribunal de Contas da União tem dado aplicação às regras do RDC sem ressalvas à regra do sigilo do orçamento estimado.<sup>162</sup> Nesse sentido, destaca-se os dizeres do Min. Valmir Campelo:

Em última informação inscrita no sítio eletrônico da Infraero na internet, consta que a licitação foi homologada pelo consórcio formado pelas empresas Construtora Cowan S/A e Conserva de Estradas Ltda., no valor ofertado de R\$ 199.044.986,52, em um desconto superior a R\$ 58 milhões (22% do valor base). **Pode-se, diante disso, tanto festejar o sucesso do RDC eletrônico, como também – e por que não – o do sigilo do orçamento, revelado somente após a publicação da classificação.**<sup>163</sup> (grifo nosso)

Contudo, não podemos deixar de mencionar que o Tribunal de Contas da União já considerou ser possível, desde que por meio de ato público e devidamente motivado, a abertura do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado. Vejamos, então, o que nos diz o Informativo de Licitações e Contratos nº 141 do referido órgão, em relação ao Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013:

Ainda no âmbito da auditoria realizada em obras no Aeroporto Internacional de Salvador/BA, o diretor da unidade técnica encarregada da instrução do processo apontou possível quebra de sigilo do orçamento na fase de negociação efetuada após a definição da melhor proposta da fase de lances. A negociação ocorreu porque o menor lance fora significativamente superior ao valor orçado. Como o valor final negociado representou desconto irrisório (0,023%) em relação ao orçamento da administração, a ocorrência poderia apontar para quebra do sigilo do orçamento em benefício da empresa licitante e em prejuízo à obtenção de proposta mais vantajosa. O relator considerou não haver elementos materiais mínimos para corroborar a ocorrência da irregularidade. Considerou também que, não obstante o momento da

<sup>160</sup> *Ibidem*, pp. 93-94.

<sup>161</sup> CARDOSO, André. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>162</sup> Em vários precedentes, o Tribunal de Contas da União já havia considerado válida a não divulgação do orçamento estimado pela Petrobras, levando em consideração o prejuízo que a publicação prévia do orçamento estimado poderia acarretar à atividade comercial da sociedade de economia mista. Nesse sentido: Acórdão nº 1.595/2006, TCU, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira; Acórdão 1.854/2009, TCU, 2ª Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro; Acórdão nº 1.062/2011, TCU, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. (CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 97-99).

<sup>163</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 305/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. Data da Sessão: 27/2/2013 – Ordinária. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.

publicação do orçamento estar previsto na Lei 12.462/2011 (imediatamente após o encerramento da licitação, art. 6º) e no Decreto 7.581/2011 (imediatamente após a adjudicação do objeto, art. 9º), *a questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória*, pois *“existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação”*. Após apresentar situações hipotéticas para corroborar seu entendimento, concluiu: para se *“fazer valer a real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não vejo, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação”*. O Tribunal, então, endossou o entendimento do relator quanto a essa questão.

Por fim, outra consideração a ser feita diz respeito à dispensa da publicação no Diário Oficial das hipóteses previstas no §2º do art. 15 da Lei nº 12.462/2011, isto é, aquelas cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, incluídos os de engenharia. Não obstante tal dispositivo ser objeto de arguição de inconstitucionalidade pela ADIN 4.645 por supostamente infringir o princípio da publicidade, convém dizer que, ao mesmo tempo em que dispensa a publicação de tais hipóteses, o §1º, II do art. 15 da lei em comento impõe a sua publicação em sítio eletrônico. Revelou-se, assim, uma inovação ao estabelecer a internet como a única opção de divulgação dessa hipótese. Ainda, se formos levar em conta a própria Lei nº 8.666/1993, veremos que a excepcionalidade da não publicação em Diário Oficial não é totalmente inédita.

Vale lembrar que a própria Lei nº 8.666/1993, em seu art. 21, não exige a publicação do resumo editalício no Diário Oficial nos casos da modalidade licitatória convite (essa exigência só é feita para as outras modalidades licitatórias: concorrências, tomadas de preços, concursos e leilões).<sup>164</sup> Na verdade, o que o §3º do referido dispositivo determina é que a autoridade responsável pela licitação fixe em local apropriado a cópia do instrumento convocatório, de modo a estendê-lo aos outros candidatos.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Art. 21 da Lei nº 8.666/1993: “Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição”.

<sup>165</sup> Art. 22, §3 da Lei nº 8.666/1993: “Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”.

Ora, os limites fixados pela modalidade licitatória convite são praticamente os mesmos daqueles previstos pelo §2º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993. O art. 23 da Lei nº 8.666/1993 prevê os seguintes limites para modalidade convite: de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia; de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para compras e serviços. Assim, por serem tais limites integrantes da modalidade convite, a Lei Geral de Licitações não exige a publicação do seu resumo editalício em Diário Oficial. Já o §2º do art. 15 da Lei nº 12.462/2011, prevê a dispensa em Diário Oficial das licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia. Dessa forma, observa-se que, a não ser pela previsão da publicação em sítio eletrônico, a Lei nº 12.462/2011 não prevê nada que já não estivesse disposto na Lei Geral de Licitações. A não publicação de determinados orçamentos estimados considerados baixos pela legislação é, em uma última análise, simplesmente a consagração ao princípio da economicidade das contratações públicas, já que o que se dispensa, na verdade, são as “rotinas fiscalizadoras cujo custo seja maior que o benefício”.<sup>166</sup>

Ante o exposto, percebe-se então que a novidade do RDC está na previsão da divulgação por meio eletrônico, o que evidencia um novo viés ao que se entende por publicidade.

#### ***4.3.7. As questões ambientais no RDC***

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, VI, incluiu a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica. Dessa maneira, a incansável procura pelo crescimento econômico está limitada pela defesa ambiental, formando, assim, o que se chama de desenvolvimento sustentável.

O meio ambiente, por ser um direito difuso, deve ser preservado tanto pelo Poder Público como pelo cidadão (princípio da natureza pública da proteção ambiental).<sup>167</sup> Assim, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 consolidou “o poder-dever da Administração

---

<sup>166</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 197.

<sup>167</sup> A proteção ambiental é um dever que se coloca tanto para os cidadãos como para o Estado. De acordo com Édis Milaré, tal princípio “decorre da previsão legal que considera o meio ambiente um valor a ser necessariamente assegurando e protegido para uso de todos ou, como queiram, para *fruição humana coletiva*” (MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 260).

Pública, no exercício das funções que lhe competem, de compatibilizar o crescimento econômico, necessário para a melhoria das condições de vida do país”.<sup>168</sup>

A Administração Pública, com a incessante busca de atrair novos investimentos para o país, é, muitas vezes, responsável por expressivos danos ao meio ambiente.<sup>169</sup> Assim sendo, os investimentos buscados pelo Poder Público devem estar coadunados com as exigências constitucionais ambientais, se preocupando com o que se vive no presente e com o futuro das gerações (princípio da responsabilidade intergeracional).<sup>170</sup>

Assim, com observância ao princípio da isonomia,<sup>171</sup> a licitação deve buscar a contratação administrativa mais vantajosa<sup>172</sup> não só pelo viés da economicidade, mas também pela ótica do desenvolvimento nacional sustentável. Dessa forma, “a introdução de critérios de sustentabilidade nas compras públicas traz uma nova forma de planejar, executar e controlar as licitações, tornando-as ainda mais complexas”.<sup>173</sup>

Nesse contexto, importante trazer à baila a hipótese ilustrada por Marçal Justen Filho:

[...] A Administração pode deparar-se com duas propostas para a execução de uma atividade, com preços diversos. Suponha-se que aquela com o menor preço esteja fundada numa solução técnica ecologicamente mais nociva do que a outra, de maior preço. Nesse caso, surgirá uma contradição nociva entre valores. A economicidade se relaciona com a proposta de menor valor. A defesa do meio ambiente conduz a proposta de valor mais elevado. Ambas as propostas apresentam-se como “vantajosas”, a depender do ângulo sob o qual se conceitue vantajosidade – ou, para ser mais preciso, de acordo com o valor que se reputar que deve prevalecer.<sup>174</sup>

Sem dúvidas, a proposta mais vantajosa não deve ser aquela que possui o menor preço, mas sim aquela que apresenta um melhor custo-benefício para a Administração, ou seja, “aquela que se apresenta mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da

---

<sup>168</sup> VASCONCELOS, Luís André de Araújo; MENDES, Samuel Santos Felisbino. **Certificação ambiental nas licitações realizadas pelo regime diferenciado de contratações públicas – RDC**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, 30p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f72e258ff730035>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

<sup>169</sup> *Idem*.

<sup>170</sup> Para Edis Milaré (MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 259), tal princípio “busca assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma sustentável, dos recursos naturais”.

<sup>171</sup> Deve ser assegurada a igualdade de condições entre todos os participantes.

<sup>172</sup> A Administração Pública deve “adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos de sua titularidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 61).

<sup>173</sup> COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As Licitações Sustentáveis na ótica do Controle Externo**. Brasília: 2011. p. 11. Disponível em: <[portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF](http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF)>. Acesso em 21 jul. 2013.

<sup>174</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 62.

Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento”.<sup>175</sup>

Os critérios sustentáveis nas licitações, além de serem uma imposição legal, são também uma imposição constitucional, conforme já demonstrado anteriormente. Por isso, com base nos princípios da eficiência, da economicidade e do meio ambiente equilibrado, o agente público não tem discricionariedade para decidir se observa ou não critérios de desenvolvimento sustentável nas contratações públicas.<sup>176</sup> Juntamente com os aspectos de qualidade, durabilidade, custos operacionais, entre outros, as compras da Administração Pública deve considerar, é claro, a variável ambiental. Conforme Marçal Justen Filho,

[...] o conceito de desenvolvimento sustentável envolve o compromisso não apenas com a produção de riquezas, mas também com a preservação dos recursos. O desenvolvimento nacional sustentável significa a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente e de modo a garantir a viabilidade da vida humana digna no presente e no futuro.<sup>177</sup>

Dessa forma, esclarecem Zymler e Dios:

revela-se plenamente possível que o Poder Público [...] estabeleça critérios de sustentabilidade nas contratações que realizar, com os objetivos de reduzir o impacto ambiental gerado pela máquina pública e induzir mudanças no setor produtivo.<sup>178</sup>

A Lei nº 12.462/2011 estabeleceu diretrizes e instrumentos ambientais de acordo com padrões de sustentabilidade ambiental, indo além da mera estipulação do desenvolvimento nacional sustentável como um princípio.<sup>179</sup> <sup>180</sup> Verifica-se uma preocupação inédita com a utilização de recursos naturais, o menor consumo de energia e a vigilância nos impactos

---

<sup>175</sup> CRETILLA JÚNIOR, *apud* LOBATO NETO, Lucival Lage. **Uma sugestão para otimizar a obtenção de propostas mais vantajosas para administração ao fim do processo licitatório**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2400>>. Acesso em 21 jul. 2013.

<sup>176</sup> COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>177</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>178</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 32.

<sup>179</sup> VASCONCELOS, Luís André de Araújo; MENDES, Samuel Santos Felisbino. **Certificação ambiental nas licitações realizadas pelo regime diferenciado de contratações públicas – RDC**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, 30p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f72e258ff730035>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

<sup>180</sup> A Lei nº 8.666/1993 também prevê o princípio do desenvolvimento sustentável em seu art. 3º. Ainda, no seu art. 6º, IX e no seu art. 12, VII, possibilita a inclusão de condicionantes ambientais na licitação e na execução dos contratos na medida em que exige que seja considerado o impacto ambiental do objeto a ser contratado nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços.<sup>180</sup>

urbanísticos associados às obras.<sup>181</sup> Isso pode ser visualizado por meio dos seguintes dispositivos:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do **desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. (grifo nosso)

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

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, **considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos**, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

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

I - **disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;**

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

III - **utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;**

IV - **avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;**

V - **proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e**

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º **O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.** (grifo nosso)

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:

<sup>181</sup> KRAWCZYK, Rodrigo. **Contratação pública diferenciada RDC. Entendendo o novo regime - Lei nº 12.462/11.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11678](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11678)>. Acesso em 21 jul. 2013.

[...]

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

Contudo, conforme vimos através dos argumentos expostos na ADIN 4.655, o Procurador-Geral da República requer a declaração da inconstitucionalidade parcial dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º e do parágrafo único, inciso II, do art. 14, ambos da Lei nº 12.462/2011, para ser dada interpretação conforme a Constituição (arts. 225 e 226), de modo a impedir qualquer interpretação que, no caso de implantação de obras ou atividades, dispense as regras de licenciamento ambiental.

Em defesa das disposições da Lei nº 12.462/2011, o Senado Federal esclarece que a referida lei não pretendeu desvirtuar a proteção conferida ao meio ambiente na Constituição Federal. Na verdade, as disposições da Lei nº 12.462/2011 demonstram a preocupação do legislador em compatibilizar o RDC com o “preservacionismo ambiental”. Os dispositivos questionados devem ser interpretados de acordo com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, ou seja, “a proteção do meio ambiente deve ser compatibilizada com o desenvolvimento econômico e social, numa ponderação de valores igualmente constitucionais”.<sup>182</sup> Assim sendo,

[...] a Lei nº 12.462/2011 não afasta a necessidade de licenciamento ambiental e de observância da legislação ambiental pertinente, mesmo quando obriga à adoção de medidas mitigadoras ou compensatórias de danos ambientais. **Não há, aqui, autorização legislativa para a degradação ambiental**, mas apenas uma consciência, traduzida na norma, de que toda a intervenção humana na natureza implica alteração do meio ambiente e que, segundo os termos fixados no licenciamento ambiental, os danos potencialmente verificados devem ser compensados ou mitigados. (grifos do autor)<sup>183</sup>

O Senado Federal argumenta que “a realização de obra ou atividade efetiva ou potencialmente poluidora não é peremptoriamente vedada pelo ordenamento jurídico”.<sup>184</sup> Assim, a adoção de medidas mitigadoras e compensatórias não são inovadoras na legislação ambiental (exs.: art. 10, Lei nº 6.938/1981; Resolução nº 01/1986). Além disso, o Advogado-Geral da União aprofunda mais questão, argumentando que a Lei nº 12.462/2011 concretiza os princípios ambientais do usuário-pagador<sup>185</sup> e do poluidor-pagador<sup>186</sup> ao determinar que os

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fl. 35. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fl. 36. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pelo Senado Federal na ADIN 4.655, fls. 36-37. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>185</sup> Paga-se pelo uso de bens ou recursos naturais.

danos ambientais ocasionados ao meio ambiente devem ser compensados em benefício da coletividade.<sup>187</sup> De tal forma, argumenta-se que os dispositivos questionados devem ser considerados constitucionais, por não violarem a Constituição e por serem semelhantes às previsões normativas do ordenamento jurídico.<sup>188</sup>

Para finalizarmos as questões ambientais, vale dizer que uma das principais inovações de importância ambiental trazida pelo RDC está presente no art. 7º, III da Lei nº 12.462/2011:

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

III - **solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental**, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; (grifamos)

Na seleção das propostas mais vantajosas no âmbito do RDC, a Certificação Ambiental pode ser um critério de habilitação ou de classificação das propostas. Logo, poderá ser exigida a certificação ambiental para a participação no certame, “desde que haja prévia motivação e previsão expressa no edital licitatório”.<sup>189</sup> Porém, no caso da Lei nº 8.666/1993, a exigência de Certificação Ambiental como requisito de habilitação não é aceita pelo Tribunal de Contas da União. Segundo o referido Tribunal, não há amparo legal para essa exigência, tendo em vista que esta não está presente no rol de requisitos de capacitação técnica, previstos no art. 30 da Lei nº 8.666/93.<sup>190</sup> Por outro lado, nada impede que o gestor público utilize as certificações como critério de pontuação das propostas.<sup>191</sup>

Em suma, as licitações e contratações públicas devem privilegiar os bens, serviços e obras que tenham uma missão sustentável. Por isso, o gestor público deve promover a colocação de critérios ambientais nas compras públicas (ex.: Certificação Ambiental). Assim, na licitação, a existência de critérios ambientais para a seleção de propostas deve ser algo

---

<sup>186</sup> De acordo com Édis Milaré, “busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico, abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda natureza” (MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 268).

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fl. 37. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU à ADIN 4.655, fl. 37. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan. 2014.

<sup>189</sup> VASCONCELOS, Luís André de Araújo; MENDES, Samuel Santos Felisbino. **Certificação ambiental nas licitações realizadas pelo regime diferenciado de contratações públicas – RDC**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, 30p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f72e258ff730035>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

<sup>190</sup> Decisão monocrática no TC-029.035/2009-8, Ministro Benjamin Zymler (COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As Licitações Sustentáveis na ótica do Controle Externo**. Brasília: 2011. p. 34. Disponível em: <<portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF>>. Acesso em 21 jul. 2013).

<sup>191</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1085/2011, Plenário, Rel. Min. Ministro Marcos Vinícios Vilela. Data da Sessão: 5/7/2006 – Extraordinária. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.

posto, e não algo discricionário, já que não só o princípio da legalidade deve ser atendido, como também os princípios ambientais constitucionais (solidariedade intergeracional, ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolvimento sustentável, função socioambiental da propriedade, natureza pública da proteção ambiental etc).

## **CONCLUSÃO**

Feitas as devidas considerações acerca do tema, é importante fazer algumas observações pertinentes.

O dever de licitar pode ser encarado como uma importante conquista da sociedade. Podemos dizer que o instituto da licitação, que teve como marco inicial o Código de Contabilidade da União e do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (1922), sempre teve o intuito de combater a corrupção e o patrimonialismo. Contudo, a partir do panorama geral acerca da evolução legislativa atinente às licitações, podemos perceber que o dever de licitar nem sempre correspondeu ao nosso modelo atual.

Com a edição da Lei nº 8.666/1993, visualizou-se que o limite ao dever de licitar atingiu o seu ápice, criando-se, assim, um verdadeiro manual de procedimentos, exigências e requisitos a serem atendidos em toda contratação a ser realizada com os entes da Administração Pública, independentemente de suas particularidades. Como, por exemplo, fazer com que entes públicos pequenos, como os Municípios, cumpram fielmente a Lei? Não seria desproporcional exigir isso? Logo, dado o seu modelo jurídico altamente procedimentalizado e rígido, a Lei nº 8.666/1993 demonstrou-se muito difícil de ser aplicada nos casos concretos, além de ter ocasionado grandes custos para a gestão pública. As reações negativas à referida lei ocorreram principalmente no regime jurídico de contratações públicas específicas, estando presente nesse contexto a Lei nº 12.462/2011, que, inicialmente, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas para o campo das contratações direcionadas

à infraestrutura de eventos mundiais esportivos a serem realizados no país.

Em aspectos gerais, percebe-se que o RDC busca oferecer instrumentos que contribuam para maior eficiência e celeridade das contratações públicas, de modo a obter a melhor relação custo-benefício para a Administração Pública e, consequentemente, para a sociedade, representando, assim, um marco para o sistema das licitações e contratos administrativos.

Contudo, o RDC tornou-se polêmico, seja pela forma com que fora introduzida no ordenamento jurídico, seja por romper com disposições tradicionais carregadas pela Lei nº 8.666/1993. Assim, a partir da apresentação das questões levantadas pelas ADINs 4.645 e 4.655 e dos argumentos contrários a essas questões, foi possível chegarmos a algumas considerações conclusivas.

Do ponto de vista material, as regras previstas no RDC, em sua maioria, mostram-se harmonizáveis com a Constituição Federal. No campo jurídico, torna-se muito comum o entendimento de que a Constituição Federal abranja as disposições das leis e o conjunto de decisões tomadas com base nestas. Assim, percebe-se que, em diversos momentos, as alegações de inconstitucionalidade dos dispositivos do RDC se pautam em uma comparação com a Lei Geral de Licitações, como se esta contivesse as normas que melhor traduzissem as regras e princípios previstos na Constituição Federal. Por isso, ao alterar disposições tradicionais, toda inovação acaba sendo considerada inconstitucional.

A contratação integrada, apesar de não ser um instituto de todo inovador no ordenamento jurídico, foi uma das previsões mais polêmicas introduzidas pelo RDC. Para quem considera o instituto como ponto negativo do novo regime, entende-se que haveria afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade, uma vez que a não exigência de um projeto básico conferiria alto subjetivismo ao particular. Já aqueles que consideram a inovação um aspecto positivo do RDC argumentam que há o atendimento aos princípios economicidade e da eficiência, na medida em que, além de diminuir o valor da obra e os custos do processo, confere-se maior agilidade ao procedimento licitatório, uma vez que este passa a ter uma fase única, onde uma só empresa fica responsável pelos projetos básico e executivo e aos riscos decorrentes de eventuais falhas daquele, assim como pela entrega do objeto. Ponderando tais argumentos, é preciso ter em mente que, sendo o projeto básico um instrumento tradicional enraizado no âmbito das licitações, é certo que a ausência deve implicar em algumas modificações nas atuações administrativas para que seja disponibilizada a maior quantidade de dados possíveis para a elaboração de projetos. Será preciso uma maior

atuação dos órgãos de controle no que se refere à fiscalização, pois é mister um planejamento adequado da licitação para que seja feita uma real avaliação dos riscos pelo particular.

Andou bem o legislador ao estabelecer o mecanismo da remuneração variável de acordo com o desempenho da contratada com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e no prazo de entrega estabelecido no instrumento convocatório e no contrato, prezando pelo princípio da eficiência, já que, em meio a um contrato de risco, vincular a remuneração do contratado à obtenção efetiva da vantagem almejada pela Administração Pública gera economia para os cofres públicos, coadunando-se, assim, com os princípios da economicidade, da eficiência e do interesse público.

No que se refere à questão da publicidade, dois pontos foram suscitados pelas ADINs 4.645 e 4.655: a questão do sigilo temporário de orçamento e a dispensa de publicação em Diário Oficial nas hipóteses cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, incluídos os de engenharia. Quanto ao primeiro ponto, de um lado alega-se que o sigilo temporário de orçamento possibilitaria a transmissão de informações privilegiadas somente para determinadas pessoas, colocando em risco o princípio da impessoalidade, enquanto que do outro lado enfatizou-se que o sigilo temporário de orçamento aumenta a possibilidade de uma contratação vantajosa. Observa-se que, nem sempre, todo ato praticado pela Administração Pública deve atender a uma ampla publicidade. Assim como os outros princípios constitucionais, o princípio da publicidade deve ser ponderado quando da sua aplicação. Contudo, não podemos deixar de considerar que o modo com que o sigilo de orçamento foi tratado pelo RDC se demonstra obscuro. Não obstante o possível atendimento ao princípio da eficiência que o sigilo de orçamento pode acarretar tendo em vista o incentivo à competição entre os licitantes, a inovação trazida pelo RDC deve ser vista com cautela, uma vez que a transparência dos atos administrativos visa proporcionar o controle dos atos públicos pela sociedade, e não somente aos órgãos de controle. Assim, parece-nos que a disposição do sigilo de orçamento deveria ser aprimorada, no sentido de que esta só fosse mantida em situações previamente justificadas, de modo a não prejudicar a negociação e o eventual controle pela sociedade. Tais justificativas, vale dizer, deveriam ser plausíveis, fazendo com que o sigilo de orçamento só fosse mantido se a divulgação do orçamento estimado acarretasse algum prejuízo maior para a Administração Pública. Nesse caso, o princípio da publicidade seria apenas postergado com o objetivo de atender a determinada providência

cautelar. De fato, não podemos desconsiderar que, mesmo que em situações previamente justificadas, o sigilo de orçamento proporciona o risco de haver o fornecimento de informação sobre o orçamento estimado por parte de algum agente público mal intencionado. Entretanto, saindo da teoria e indo para a prática, o fato de uma lei prever uma disposição a ser seguida, não quer dizer que nunca existirá alguém com a intenção de fraudá-la, até porque o objetivo maior, conforme já relatado anteriormente, é o de combater fraudes e favorecimentos não autorizados. Nesse aspecto, a atuação dos órgãos de controle é imprescindível, de modo a prevenir e a reprimir atitudes que se desvirtuem das disposições legais.

Quanto à dispensa da publicação em Diário Oficial das hipóteses já mencionadas, mais uma vez, importa dizer que os princípios devem ser ponderados. Ao que parece, soa exacerbado demais dizer que tal disposição violou frontalmente o princípio da publicidade, já que, embora se dispense a publicação em Diário Oficial, a exigência de divulgação em sítio eletrônico é mantida. Além do mais, sendo o contrato considerado de limite baixo pela Administração, a não publicação em Diário Oficial apenas contribui para a diminuição de custos. Assim, nota-se que a disposição atende ao princípio da publicidade ao mesmo tempo em que confere importância ao princípio da economicidade.

Em relação ao mecanismo da pré-qualificação permanente, observa-se que se trata de um procedimento auxiliar que confere maior celeridade ao processo licitatório, já que, sem dúvidas, a Administração Pública ganha tempo ao dispensar a análise das habilitações dos licitantes em cada licitação específica. Na verdade, ante os argumentos apresentados, percebe-se que a alegação da diminuição do universo de licitantes participantes e a consequente infringência ao princípio da isonomia não é de todo correta, uma vez que a pré-qualificação permanente também atende ao referido princípio na medida em que trata igualmente os iguais, isto é, trata sem diferenciação os licitantes pré-qualificados.

No que se refere às questões ambientais no RDC, conforme foi apresentado nos argumentos expostos ao longo deste trabalho, o enfoque ambiental nas atividades da Administração Pública não é uma opção, mas uma obrigação. Conforme podemos perceber, a tendência no âmbito das licitações é que haja cada vez mais reformas jurídicas voltadas para a “licitação sustentável”. Um bom exemplo disso é a própria Lei nº 12.462/2011, que inovou em alguns dos seus dispositivos ao estabelecer diretrizes expressas para o atendimento da defesa do meio ambiente. No entanto, não é só a reforma de alguns dispositivos normativos que é necessária. É preciso também uma mudança cultural sobre o que se entende por

consumo consciente, já que a proteção do meio ambiente é um dever de todos nós (cidadãos e Estado).

Por fim, no que diz respeito aos supostos vícios formais do novo regime, percebe-se que as alegações de inconstitucionalidade são mais difíceis de serem superadas. Em que pese os argumentos contrários à inconstitucionalidade formal expostos no presente trabalho, é difícil conceber a ideia de que o RDC teria pertinência temática com a Medida Provisória nº 527/2011, que, em sua origem, somente tratava da reorganização da estrutura da Administração Pública Federal, da criação da Secretaria de Aviação Civil e da criação de cargos atinentes ao setor de Aviação Civil.

Contudo, mesmo com algumas lacunas, que podem ser constatadas pela ampla margem de interpretação conferida ao objeto e ao campo de incidência do RDC (tarefa que acaba sendo delegada para o Administrador Público), e com os aprimoramentos que se mostram necessários em algumas disposições trazidas pelo novo regime de contratação, fato é que as inovações previstas no RDC, em sua essência, objetivam concretizar maior eficiência para as contratações públicas. De tal forma, deixando de lado as questões de inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011, a sua introdução no ordenamento jurídico provocou um verdadeiro marco no sistema licitatório brasileiro, pois além de romper com as disposições tradicionais da Lei Geral de Licitações, também provocou grande reflexão sobre os entraves que o modelo burocrático da Lei Geral de Licitações ocasiona no âmbito das licitações e contratações públicas no Brasil. Com o discurso de que a discricionariedade do Administrador Público deveria ser a mais restrita possível, de fato, o propósito inicial da Lei nº 8.666/1993 era evitar a corrupção, os favorecimentos, a má aplicação do dinheiro público, a imoralidade etc. Entretanto, tal propósito deve continuar sendo empregado, mas de modo a não impedir a celeridade e eficiência gerencial da Administração Pública, flexibilizando, assim, todo aquele procedimento administrativo exacerbadamente formal e rigoroso.

Por ser o marco geral das licitações, muitos operadores do direito, ao analisar determinadas inovações no âmbito das licitações, utilizam a Lei nº 8.666/1993 como uma inspiração para suas interpretações. Todavia, se o Regime Diferenciado de Contratações obtiver êxito no objetivo a que se propõe, isto é, o de alcançar uma maior eficiência para as contratações públicas, poderá ser o início de uma mudança inclusive interpretativa. De fato, o RDC pode ser encarado como um teste para uma reformulação estrutural do que se entende por licitação, pois constatado o sucesso das normas do novo regime, é bem provável que o

atual modelo licitatório seja substituído por normas inspiradas neste.