

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES (RDC) E SUA
INCONSTITUCIONALIDADE

Rismaron Junior dos Santos Silva

Rio de Janeiro - RJ

Julho - 2020

Rismaron Junior dos Santos Silva

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES (RDC) E SUA
INCONSTITUCIONALIDADE

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.

Rio de Janeiro - RJ

Julho - 2020

SS586c Silva, Rismaron Junior dos Santos
CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES (RDC) E SUA INCONSTITUCIONALIDADE /
Rismaron Junior dos Santos Silva. -- Rio de
Janeiro, 2020.
61 f.

Orientadora: Carmen Lúcia Macedo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Licitação. 2. RDC. I. Macedo, Carmen Lúcia ,
orient. II. Título.

Rismaron Junior dos Santos Silva

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES (RDC) E SUA
INCONSTITUCIONALIDADE

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020

AGRADECIMENTOS

À minha avó, Antônia, ou, como ela gostava de definir-se: minha “mãe-avó-avô-pai”, que me criou e foi minha maior inspiração. Cresci ouvindo-a dizer que sua maior frustração foi não ter tido a oportunidade de estudar e, por esse motivo, sempre me incentivou nos estudos e, assim, adquiri o gosto pela leitura desde cedo, motivos que foram decisivos para que pudesse chegar até aqui. Sou muito grato por ter crescido ao seu lado e tenho muito orgulho de ter podido realizar esse sonho que ela sempre teve, mas não conseguiu concretizar.

À minha mãe, Dora, e meus irmãos, Rogério e Danilo, por todo apoio, carinho, orações e torcida por mim. Jamais teria chegado até aqui sem vocês me levantando quando mais precisei. Estou aqui com vocês e por vocês!

À meu pai, Rismaron, que tenho o orgulho de carregar seu nome e que nos deixou tão cedo. Sempre senti sua falta e sei que onde quer que o senhor esteja, tenho certeza que vibra e torce por mim.

Por fim, mas não por último, aos meus caros amigos. Aqui permito-me não nominá-los para não cometer a injustiça de deixar alguém de fora. Sou muito grato ao Rio de Janeiro e à FND por ter colocado tantas pessoas maravilhosas na minha vida! Aos meus amigos, que me acompanharam nesses últimos cinco anos e aos que cresceram comigo em Inajá/PE, meu muito obrigado!

RESUMO

O intuito da presente monografia foi analisar, sob a ótica de sua inserção e inovações trazidas, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Inicialmente pensado para regular as obras dos grandes eventos que o Brasil sediaria (Copa do Mundo e Olimpíadas), o RDC ganhou espaço e teve seu rol de cabimento aumentado. Assim, buscamos apresentar o contexto que se deu a inserção dessa modalidade licitatória, as inovações trazidas por ela e suas implicações e polêmicas. Nesse sentido, com base em duas ações diretas de inconstitucionalidade que questionam sua constitucionalidade, optamos por delimitar essa análise desse regime sob dois enfoques: a discussão em torno da conversão da Medida Provisória e a questão da publicidade no RDC.

PALAVRAS CHAVES: Licitação; Lei nº 12.462/2011; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this monograph was to analyze, under the perspective of its insertion and innovations brought, the Differential Contracting Regime (DCR). Initially designed to regulate the works of major events that Brazil would host (World Cup and Olympics), the DCR gained space and had its role increased. Thus, we seek to present the context that gave rise to the insertion of this bidding modality, the innovations brought by it and its implications and controversies. In this sense, based on two direct actions of unconstitutionality that question its constitutionality, we chose to delimit this analysis of this regime under two approaches: the discussion around the conversion of the Provisional Measure and the issue of advertising in the DCR.

KEYWORDS: Bidding; Law nº 12.462/2011; Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	9
2. O CONCEITO DE LICITAÇÃO E SUA OBRIGATORIEDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	11
3. ASPECTOS ATINENTES À LEI Nº 8.666/93 E SUA RELAÇÃO COM O RDC.....	14
4.CONTEXTO DA INSERÇÃO DO RDC NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	18
4.1. Inovações trazidas pelo RDC.....	19
4.1.1. Ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º).....	20
4.1.2. Inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º).....	21
4.1.3. Restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 6º).....	22
4.1.4. Inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12).....	26
4.1.5. Novos critérios de julgamento (art. 18).....	27
4.1.6. Previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29).....	28
4.1.7. Previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II).....	30
4.1.8. Possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10).....	31
4.1.9. Previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11).....	32
4.1.10. Previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º).....	33
4.2. As polêmicas vindas com o novo regime.....	34
4.2.1.O nascimento do RDC por meio de medida provisória e o aumento de sua aplicação.....	34
4.2.2. A questão do sigilo no RDC.....	36
4.2.3. As controvérsias em torno da previsão da contratação integrada.....	38
5.O QUESTIONAMENTO QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE.....	39
5.1.ADI nº 4645.....	39
5.2.ADI nº 4655.....	46
5.3. Análise das ADI's sob a ótica da jurisprudência e doutrina.....	50
5.3.1.A questão da conversão da Medida Provisória.....	51
5.3.2.A importância de se observar o princípio da publicidade.....	56
6.CONCLUSÃO.....	57
7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

Instituído pela Medida Provisória nº 527/2011 a qual foi convertida na Lei nº 12.462/2011 e, posteriormente, regulamentada pelo Decreto 7.581/2011, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) foi uma modalidade pensada para licitações e contratos de obras de infraestrutura ligados aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações, da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e, ainda, à 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 mundiais¹.

Sendo assim, o regime possui caráter transitório², tendo em vista tratar-se de obras ligadas a eventos temporários. No entanto, o que se viu na prática foi o aumento no rol de aplicação do RDC. Nesse sentido, estendeu-se sua aplicação às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)³; às obras e serviços de engenharia, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)⁴; às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo. Além disso, a aplicação do regime se estendeu, ainda, às ações no âmbito da segurança pública; às obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; aos contratos aos quais se refere o art. 47-A (contratos de locação de bens móveis e imóveis), da mencionada lei⁵ e das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação⁶.

Além desses cabimentos, Sidney Guerra (2015) salienta que houve o aumento da aplicação de tal regime a fim de abarcar:

(...) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (Lei nº 12.722/2012); obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária (PND II) e, subsidiariamente, o RDC se estendeu às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária (Lei nº

¹ Art. 1 da Lei nº 12.462/2011 e Art. 2, I, II e III do Decreto 7.581/2011.

² CORRÊA, Cristina Bertoncini; SILVA, Roberta Zumblick da. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e um novo panorama licitatório no Brasil. **Revista da Esmesc**. v.23, n.29, 2016. p. 315-341.

³ Art. 1, IV da Lei nº 12.462, incluído pela Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012.

⁴ Art. 1, V da Lei nº 12.462, incluído pela Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012.

⁵ Respectivamente, art. 1, VI, VII, VIII e IX da Lei nº 12.462, incluído pela Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015.

⁶ Art. 1, X da Lei nº 12.462, incluído pela Lei nº 13.243, de 2016.

12.815/2013); à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos (Lei nº 12.833/2013); às contratações pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), de todas as ações concernentes à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias, destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural (Lei nº 12.873/2013)”. (...) Contratações destinadas à execução de ações de prevenção em áreas atingidas por desastres e, ações de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres, (art. 15-A da Lei 12.340/2010, com texto incluído pela Lei nº 12.983/2013) e, ainda, a adoção em favor da Secretária de Aviação Civil (art. 63-A da Lei do RDC, incluído pela Lei nº 12.833) e em atendimento à Secretária de Políticas para a Mulher (Lei nº 12.865/2013)⁷.

Nessa toada, nota-se que a aplicação desse regime foi desvirtuada e o que deveria ser temporário se transformou em algo permanente. Porém, salienta-se que além da polêmica sobre o aumento do cabimento do novo regime, há questionáveis invocações trazidas por ela como o sigilo no orçamento estimado, a contratação integrada e a questão da publicidade nesse regime.⁸

Tais polêmicas se iniciam com sua inserção no nosso ordenamento, por meio de uma medida provisória, passam pelas inovações trazidas e desaguam em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI).

Sendo assim, no presente trabalho, trataremos a inconstitucionalidade do RDC, tendo como ponto de partida sua inserção no Ordenamento jurídico brasileiro, perpassando sua relação com a Lei 8.666/93, até chegarmos às mencionadas ADI's (nº 4645 e nº 4655).

Para tanto, será pautado do seguinte modo: inicialmente, será contextualizado o papel da licitação e a relação existente entre a Lei 8.666/93 e o RDC. Em seguida, analisaremos as inovações e críticas advindas a partir dessa nova modalidade licitatória que resultaram na controvérsia quanto à sua constitucionalidade.

Por fim, com base nas impugnações suscitadas nas duas ADI's, tais objeções serão comentadas à luz da Constituição Federal, bem como, do que vem entendendo a doutrina e jurisprudência sobre o tema. Para, assim, se chegar à uma conclusão acerca desse imbróglio envolvendo a (in)constitucionalidade do RDC.

⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Através do Regime Diferenciado de Contratação Pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 29-30.

⁸ CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3ª ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

2. O CONCEITO DE LICITAÇÃO E SUA OBRIGATORIEDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A licitação é entendida como o procedimento administrativo que antecede as contratações do Estado. Sendo assim, em regra, quando a Administração Pública objetivar contratar “obras, serviços, compras e alienações” (art. 37, XXI da Constituição) será necessário esse prévio procedimento que visa buscar a proposta mais vantajosa e que é pautado no princípio da isonomia. A partir dessa premissa e seguindo os ensinamentos de Joel de Menezes Niebhur, podemos conceituar do seguinte modo:

“A licitação pública é procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua intenção de firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público.”⁹

Partindo de um conceito mais amplo, que engloba a promoção do desenvolvimento econômico sustentável, bem como a garantia de oportunidade igualitária entre os interessados, e fazendo uma relação desse procedimento com os princípios da eficiência e moralidade, Hely Lopes Meirelles define a licitação do seguinte modo:

“A licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”¹⁰

O Ordenamento jurídico brasileiro consagrou três leis que regem a licitação: a Lei nº 8.666/93 (Lei geral de licitações e contratos), Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC). Assim, pode-se dizer que a licitação é uma categoria mais ampla e suas modalidades (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão e RDC) são suas especificidades.

Noutro giro, antes de adentrar no RDC, faz-se necessário conhecer e saber a finalidade

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 33.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 302-303.

da licitação no contexto do regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, Joel de Menezes Nieubur, ao analisar a causa e finalidade da licitação, entende-a como um instrumento de política pública e de desenvolvimento nacional sustentável¹¹.

Segundo esse autor, a causa da licitação é o que a torna um procedimento obrigatório, pois “remete-se ao princípio da isonomia e à necessidade de proteger o interesse público”¹². Nesse sentido, os interessados em celebrar o contrato com a Administração devem ser tratados com igualdade, por meio de um procedimento que lhes assegure a oportunidade de concorrer ao contrato de maneira igualitária e isonômica. No que tange à finalidade do procedimento licitatório, o mesmo autor a define como a seleção da proposta mais vantajosa e que melhor se adequa ao interesse público.

Outra questão importante concernente à licitação são os princípios que regem esse procedimento. Além dos princípios gerais administrativos que norteiam a Administração Pública e que também são aplicáveis às licitações, temos os seguintes princípios específicos: princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo e princípio do sigilo das propostas.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece a vinculação dos licitantes e da Administração Pública ao edital. Assim, o art. 41 da Lei 8.666/93 dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. É por esse motivo que comumente se diz que o edital, apesar de ser um ato administrativo, é a “lei” que vincula as partes na licitação.

De acordo com o princípio do julgamento objetivo, o critério de definição do vencedor da licitação deve estar previamente definido no edital de forma clara e objetiva, não havendo margem para escolhas subjetivas. Tendo em vista que, o art. 45, §1º da Lei nº 8.666/93 estabelece quatro formas de julgamento, (melhor preço, melhor técnica, melhor preço e técnica e maior lance), chamados de “tipos de licitação”, o critério de seleção baseado na técnica pode ser problemático por possibilitar certo grau de subjetivismo, motivo pelo qual é necessário que

¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35.

¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35.

o edital especifique objetivamente qual é a melhor técnica.

No tocante ao sigilo das propostas, esse princípio determina que elas sejam sigilosas até a data de abertura de todas conjuntamente, sendo assim, nenhum licitante pode saber da proposta do outro até a abertura conjunta. É justamente nesse sentido que dispõe o art. 3º, §3º da Lei nº 8.666/93 ao definir que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Por fim, outro tema importante é a competência para legislar sobre licitações. O art. 22, XXVII da Constituição Federal, impõe que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. Desse modo, os demais entes da Federação e suas entidades da Administração Indireta devem seguir as diretrizes traçadas pelas normas gerais editadas pela União. Sobre esse assunto, em sede jurisprudencial, temos dois entendimentos importantes: a Súmula nº 222, do TCU, e a ADI nº 3735.

A Súmula nº 222 assentou o entendimento de que eventuais decisões do TCU, as quais determinem que uma norma será aplicável como norma geral, devem ser observadas por todos os entes federativos¹³.

Noutro giro, o STF, no bojo da ADI nº 3735, firmou o entendimento de que é vedado aos Estados disporem sobre requisitos de participação em licitação, dada a natureza de sua competência¹⁴. A título ilustrativo, segue a ementa desse importante julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF).

¹³ SÚMULA Nº 222, DO TCU - As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹⁴ É inconstitucional lei estadual que exija Certidão negativa de Violação aos Direitos do Consumidor dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais. Esta lei é inconstitucional porque compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII, da CF/88).

STF. Plenário. ADI 3.735/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 8/9/2016 (Info 838).

1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.
2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desigualdades entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente, quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.
3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local.
4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF).
5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.
(STJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3735. Relator: Ministro Teori Zavascki. Dje-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

3. ASPECTOS ATINENTES À LEI Nº 8.666/93 E SUA RELAÇÃO COM O RDC

Como mencionado anteriormente, o art. 37, XXI da Constituição, consagrou a obrigatoriedade do processo licitatório, quando tratar-se de contratação envolvendo a Administração Pública, salvo os casos expressos em lei¹⁵. Nesse contexto, a Lei nº 8.666/93, chamada por Carvalho Filho de “Estatuto geral das licitações”, surge para regulamentar o mencionado dispositivo constitucional e instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Segundo o mencionado autor, a Lei nº 8.666/93 é a “fonte legislativa primária disciplinadora das licitações”¹⁶, sendo assim, ela é a norma geral que as regula. Tendo em vista que o RDC é uma modalidade licitatória criada para situações especiais e regulada por lei própria, pode-se dizer que se trata de uma norma específica que, expressamente, afastou a

¹⁵ Dispensa (art. 24 da Lei 8.666/93) e Inexigibilidade (art. 25 da Lei 8.666/93)

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 242.

¹⁷ Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

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

aplicação das normas contidas no Estatuto geral das licitações, conforme se depreende da leitura do art. 1º, §2º, da Lei do RDC¹⁷.

Dessa forma, é equivocado afirmar que a Lei nº 8.666/93 é aplicada de maneira subsidiária ao RDC, uma vez que este prevê os casos em que aquela será aplicada de maneira subsidiária como, por exemplo, na dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 35) e as regras específicas aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do RDC (art. 39).

No Brasil, existem sete modalidades licitatória, dentre estas, duas são regidas por lei próprias (RDC e Pregão) e as outras cinco reguladas pela Lei 8.666/93, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, cada qual com suas definições previstas nos parágrafos do art. 22, da Lei 8.666/93. Como o intuito do presente tópico é tratar da Lei Geral de Licitações e traçar aspectos atinentes em relação ao RDC, cabe uma análise sucinta de cada modalidade licitatória prevista.

Segundo o art. 22, §1º da Lei 8.666/93, “a concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”. Segundo Di Pietro, a concorrência tem duas características básicas: (i) a ampla publicidade, uma vez que o art. 21, da Lei nº 8.666/93, determina a publicação do aviso do edital no Diário Oficial, da União ou do Estado, a depender da entidade ou órgão e, ainda, (ii) a universalidade que, nos termos do art. 22, §1º, assegura a possibilidade de participação de quaisquer interessados¹⁸. Além da publicidade, Carvalho Filho cita o “formalismo mais acentuado” como sendo uma característica marcante dessa modalidade, em razão da necessidade de exigir “uma fase inicial de habilitação preliminar, na qual são aferidas as condições de cada participante”¹⁹.

A tomada de preços, por sua vez, é definida pelo art. 22, §2º como sendo a modalidade de licitatória “entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. Em relação às suas características, Carvalho

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 452-453.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 282.

Filho pontua três: (i) a inscrição ou a “possibilidade de inscrição do interessado nos registros cadastrais”, sendo esta uma condição necessária para participação na tomada de preços; (ii) a habilitação prévia e (iii) o “fator substituição”, uma vez que o administrador pode optar pela substituição da tomada de preços pela concorrência²⁰.

A terceira modalidade prevista na Lei Geral de licitações é o convite, que, nos termos do art. 22, §3º, consiste na modalidade licitatória entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, os devidamente cadastrados ou não, os escolhidos e os convidados pela unidade administrativa, em número mínimo de 3 (três), a qual afixará, “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”. Essa modalidade, ao contrário das duas anteriores, é menos formal e não há edital (o instrumento convocatório nessa modalidade é chamado “carta-convite”)²¹.

Nos termos do art. 22, §4º, o concurso é a modalidade licitatória entre quaisquer “interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”. Depreende-se dessa definição legal que, essa modalidade licitatória tem um objetivo mais restrito e diferenciado em relação às modalidades anteriores: escolher trabalho técnico, artístico ou científico.

A última modalidade regulada na Lei nº 8.666/93 é o leilão que, segundo o art. 22, §5º, é “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração, ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”. Assim como o concurso, o leilão tem objetivos diferenciados em relação à concorrência, à tomada de preços e convite: venda de bens móveis inservíveis, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento (art. 19 da Lei 8.666/93).

Passada essa análise sobre as modalidades previstas na Lei 8.666/93, outra questão que

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 284.

²¹ Idem.

merece destaque é a relação entre essa lei e o RDC. Pois, como salientado, tal lei não é usada de maneira subsidiária em relação ao RDC, sendo assim, há algumas diferenciações entre esses dois diplomas normativos que merecem ser pontuados.

Uma importante figura no procedimento licitatório é a comissão licitante, a quem recai a responsabilidade pelo processamento e julgamento das licitações, sendo realizado por comissão permanente ou especial, conforme previsão do art. 6º, do Decreto nº 7.581/11. Nesse sentido, temos a primeira diferença entre o RDC e a Lei 8.666/93: a comissão licitante, no RDC, deve ser criada com no mínimo 3 membros, majoritariamente servidores (art. 34 da Lei do RDC c/c art. 6º, §1º do Decreto nº 7.581/11), na Lei 8.666/93, por sua vez, é prevista a necessidade de 2 servidores efetivos (art. 51).

No tocante à indicação de marcas na licitação, a regra é que não haja indicação. A Súmula nº 270, do TCU, excepciona essa regra ao prever que “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”.

A partir dessa premissa, no procedimento licitatório do RDC pode haver indicação de marcas em três hipóteses (art. 7º, I da Lei do RDC): i) quando houver necessidade de padronização do objeto – “Padrão Fifa”; ii) Quando for feita justificativa pelo órgão licitante, demonstrando que determinada marca é a única capaz de atender ao objeto do contrato com qualidade e iii) como forma de auxiliar na identificação do objeto. No entanto, na Lei 8.666/93 a indicação da marca não é admitida (arts. 7º, §5º e 15, §7º, I).

Segundo Di Pietro, “o edital é ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas”²², nesse sentido, pode-se dizer que o edital é a “lei interna da licitação”²³ a qual a Administração Pública está vinculada por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Sobre o tema, a publicidade do edital se dá do seguinte modo: no procedimento do RDC,

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 461.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 329.

o edital é publicado no site e no diário oficial do órgão licitante (art. 13, §1º, I do RDC) e a Lei 8.666/93, ainda recentemente, exigia que a publicação fosse feita em jornal de grande circulação, mas a recente Medida Provisória nº 896/2019 alterou a disposição que previa essa exigência e passou a prever que a publicação fosse realizada “em sítio eletrônico oficial” (art. 21, III da 8.666).

Sobre os prazos de impugnação, verifica-se que o RDC prevê prazos de impugnação diferenciados a depender do objeto da contratação: para a execução de obra pública, a impugnação pode ocorrer até o 5º dia útil anterior à data de abertura dos envelopes; para a aquisição de bens, até o 2º dia útil anterior à data de abertura dos envelopes (art. 45, I, “a” e “b”, da Lei do RDC). Por outro lado, na Lei 8.666/93, o prazo de impugnação varia de acordo com quem está impugnando: pelo cidadão até o 5º dia útil anterior à abertura dos envelopes e pelo licitante até o 2º dia útil anterior à abertura dos envelopes (art. 41, §§1º e 2º).

Uma questão convergente entre a Lei nº 8.666/93 e o RDC é a determinação do art. 47, §2º²⁴, desta Lei, quanto às sanções administrativas, criminais e demais regras, aplicarem-se às licitações e contratos regidos no RDC. Entretanto, temos uma diferenciação em relação à pena de suspensão de contratar junto ao poder público: no RDC, a impossibilidade de contratar junto ao poder público é de até 5 anos (art. 47 do RDC), ao passo que, na Lei 8.666/93, a pena de suspensão de contratar é de até 2 anos (art. 87, III).

4.CONTEXTO DA INSERÇÃO DO RDC NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Em 30.10.2007, a Fifa oficializou a escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014²⁵. Por sua vez, dois anos depois, em 02.10.2009, o Comitê Olímpico Internacional (COI) escolheu o Rio de Janeiro como cidade-sede da Olimpíada de 2016²⁶. Essas escolhas, além de terem trazido muita alegria e comemoração, trouxeram certa preocupação em

²⁴ Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

§2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

²⁵ OSSE, José Sergio. Fifa oficializa escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014. **O Globo**. 30 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/esportes/fifa-oficializa-escolha-do-brasil-como-sede-da-copa-do-mundo-de-futebol-de-2014-4144006>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²⁶ JR, Milton Pazzi. Rio é escolhido como cidade-sede da Olimpíada de 2016. **Estadão**. 02 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/geral,rio-e-escolhido-como-cidade-sede-da-olimpiada-de-2016,444804>>. Acesso em: 08 jun 2018.

função da grande responsabilidade assumida pelo Brasil em sediar os dois maiores eventos esportivos do mundo em um curto intervalo de tempo de dois anos²⁷.

Com a justificativa de tornar o processo licitatório mais célere, simplificado e eficiente²⁸, bem como, objetivando suprir as deficiências as quais a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) possuía, foi criado o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), com a finalidade de cumprir as responsabilidades que o país assumiu em função dos megaeventos que sediaria.

Interessante notar que, o RDC figurou como uma “experimentação legislativa”²⁹ em relação à Lei nº 8.666/93. O qual também foi tomado como uma modalidade que tenderia a substituir o regime da Lei Geral de Licitações³⁰, em função das críticas das quais era alvo.

4.1. Inovações trazidas pelo RDC

Com a finalidade de regular as licitações e contratos de obras de infraestrutura ligadas aos grandes eventos sediados pelo Brasil, e, tomando por base objetivos³¹ e princípios próprios³², o RDC trouxe uma série de inovações. Assim, serão analisadas as mencionadas por Di Pietro:

- a) ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º);
- b) inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º);
- c) restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 6º);
- d) inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12);

²⁷ Idem.

²⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Através do Regime Diferenciado de Contratação Pública**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 44.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso De Direito Administrativo**. 4º ed (e-book baseado na 12º ed. Impressa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁰ CORRÊA, Cristina Bertoncini; SILVA, Roberta Zumblick da. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e um novo panorama licitatório no Brasil. **Revista da Esmesc**. v.23, n.29, 2016. p. 325-327; p. 315-341.

³¹ Art. 1º, §1º da Lei 12.462 traz que 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.”

³² Art. 3º da Lei 12.462 determina que "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."

- e) novos critérios de julgamento (art. 18);
- f) previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29);
- g) previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II);
- h) possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10);
- i) previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11) e
- j) previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º)³³.

4.1.1. Ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º)

Com previsão legal no art. 1º, §1º, da Lei nº 12.462/2011, esse dispositivo não é propriamente uma inovação, uma vez que a ampliação da eficiência nas contratações públicas, a competitividade (art. 1º, §1º, I) e o tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública (art. 1º, §1º, IV) já são objetivos regulados no “regime licitatório comum”³⁴. Nesse sentido, as inovações de fato se restringem ao disposto nos incisos II e III do mencionado dispositivo:

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

§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.

Em relação à promoção de troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público (inciso II), nota-se que tal objetivo tem grande ligação com o princípio da economicidade (será analisado no tópico posterior), uma vez que a Administração Pública visa, com essa troca, a melhor relação entre custos e benefícios. Além

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 492-493.

³⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49

disso, cabe salientar que, Sidney Bittencourt (2015) aponta que esse objetivo foi inovador, pois “o agente público possui necessidades, mas não detém conhecimentos técnicos e tecnológicos suficientes para especificar o objeto-solução”³⁵.

Segundo os ensinamentos desse autor, o incentivo à inovação tecnológica (inciso III):

*“Determina que, ao pensarem o objeto a ser definido para a compra pela Administração, deverão, os agentes responsáveis, ter em mente que esse objetivo há de ser considerado nas especificações do mesmo. O objetivo atrai beneficentemente para o âmbito das compras públicas o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, conforme dispõe a chamada Lei Nacional de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004, regulada pelo Decreto nº 5.563/2005), que, dentre outros importantes fatores, estimula a criação de ambientes especializados e cooperativos de inovação.”*³⁶

4.1.2. Inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º)

O art. 3º, da Lei nº 12.462/2011, determina que as licitações e contratações, realizadas segundo o RDC, devem 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, bem como o princípio do julgamento objetivo. Esse dispositivo é alvo de duras críticas por parte da doutrina^{37,38}, por tratar-se da mera repetição dos princípios elencados no art. 3º, da Lei 8.666/93, e no art. 37, da Constituição Federal:

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.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

³⁵ Idem. p. 50

³⁶ Idem.

³⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 61-62.

³⁸ RIGOLIN. RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, ano 10 n. 117.

Deixando de lado essa discussão doutrinária, as inovações efetivamente trazidas pelo RDC concentram-se nos princípios da economicidade e desenvolvimento nacional sustentável. Em relação à economicidade, também denominado de princípio da otimização da ação estatal, Sidney Bittencourt (2015) salienta que tal princípio “demanda que, ao tratar do dinheiro público nas contratações que adotem o RDC, o agente público comprometer-se-á totalmente com a busca da solução economicamente adequada na gestão da *res publica* (coisa do povo)”³⁹.

No que tange ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, é interessante notar que o cuidado ao meio ambiente perpassa toda a Constituição. Haja vista o disposto nos artigos 170, VI; 23, VI e 225, *caput*, o qual denota uma grande preocupação do constituinte com o desenvolvimento sustentável e que se refletiu no RDC:

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

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

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

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável, segundo Sidney Bittencourt (2015), implica na implementação das chamadas licitações sustentáveis, resultando em contratos administrativos com cláusulas de sustentabilidade. As licitações sustentáveis são aquelas que exigirão das contratadas o atendimento de critérios ambientais, sociais e econômicos, objetivando o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo, bem como a preservação e o equilíbrio do meio ambiente⁴⁰.

4.1.3. Restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 6º)

³⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 67.

⁴⁰ Idem.

Tendo em vista o previsto nos artigos 5º e 37, da Constituição Federal, é possível observar que o princípio da publicidade é um dos pilares da Administração Pública, o qual percorre toda Constituição. Vejamos os artigos 5º, XIV, XXXIII, LX e 37, caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

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

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A publicidade no RDC é um tema espinhoso, haja vista, a sua mitigação nos atos dessa modalidade licitatória. Nesse sentido, o art. 6º, §3º, da Lei nº 12.462/2011, prevê restrições à publicidade, determinando que o orçamento estimado para contratações será sigiloso até o encerramento do procedimento licitatório.

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.

Sobre essa questão, há quem defenda tratar-se de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da publicidade⁴¹⁴². No entanto, tal temática será analisada em momento oportuno.

A justificativa para as restrições à publicidade no orçamento estimado é a de que esse

⁴¹ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11 ; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3ª ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45-59.

⁴² DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11 ; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3ª ed. ver. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-72.

sigilo impediria o conluio entre os licitantes, isto é, que combinassem os valores a serem propostos em suas respectivas propostas. Segundo Márcio Cammarosano (2014), essa justificativa é falaciosa, uma vez que, “a Administração Pública só pode elaborar orçamento prévio de acordo com os preços vigentes no mercado, estes também são, obviamente, do conhecimento das empresas do ramo”. O autor pontua ainda que, se fosse realmente tão necessário o sigilo no orçamento para evitar conluio das empresas, essa restrição também deveria ser aplicada nas licitações da Lei nº 8.666/1993 e não somente no RDC.⁴³

Faz-se interessante e chama a atenção o fato quanto ao orçamento estimado, pois há um descompasso entre o Decreto nº 7.581/11 (Decreto Regulamentar) e a Lei nº 12.462/2011 sobre até onde deve perdurar o sigilo: enquanto o Decreto determina que o orçamento estimado se tornará público após a adjudicação do objeto (art. 9º, caput), a Lei nº 12.462/2011 estabelece que o orçamento será tornado público após o encerramento da licitação (art. 6º, caput).

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

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. (grifo nosso)

Em sede jurisprudencial, cumpre salientar que essa questão já foi julgada pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), que se posicionou, no bojo do Processo TC-039.089/2012-6, pela “possibilidade de abertura do orçamento sigiloso, desde que demonstrada a ‘vantajosidade’ da medida”⁴⁴. Segue o Acórdão nº 306/2013 que julgou esse caso:

1. Processo TC-039.089/2012-6
2. Grupo II, Classe de Assunto V – Relatório de Auditoria
3. Interessado: Congresso Nacional
4. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero.
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SecobEdif
8. Advogado constituído nos autos: não há

⁴³ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. 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**. 3ª ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45-59.

⁴⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p 140.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria realizado pela SecobEdif nas obras de reforma e adequação do terminal de passageiros e acesso viário do Aeroporto Internacional de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães, ação incluída na matriz de responsabilidades para a Copa do Mundo de 2014.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar ao Ministério do Esporte, com base no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que tome as providências necessárias a seu cargo para atualização, na matriz de responsabilidades para a Copa do Mundo, dos valores e dos prazos para a conclusão das obras de reforma e adequação do terminal de passageiros e acesso viário do Aeroporto Internacional de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães;

9.2. recomendar à Infraero, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei 12.462/2011, preveja mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;

9.3. recomendar ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que estudem a inclusão no regulamento do RDC, na hipótese prevista no art. 17, § 1º, inciso I, da Lei 12.462/2011 c/c art. 18, parágrafo único e art. 20 do Decreto 7581/2011, de mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentaram, assim como do relatório de auditoria acostado à peça 21 destes autos eletrônicos:

9.4.1. à Infraero;

9.4.2. ao Ministério do Esporte;

9.4.3. à Casa Civil e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

9.4.4. ao Coordenador do Grupo de Trabalho “Copa do Mundo” da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal;

9.4.5. ao Presidente da Comissão de Turismo e Desporto da Câmara dos Deputados; ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados; e ao Presidente da Comissão do Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle do Senado Federal; e

9.5. arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 6/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 27/2/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0306-06/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e André Luís de Carvalho.

Por fim, sobre o princípio da publicidade e sua relação com a Administração Pública,

cumpra mencionar a compreensão do STF que entende ser possível a divulgação de vencimentos dos servidores públicos com relação nominal. Sobre o julgado, segue a ementa do caso:

CONSTITUCIONAL. PUBLICAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO NOME DE SEUS SERVIDORES E DO VALOR DOS CORRESPONDENTES VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.
2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

4.1.4. Inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12)

Tradicionalmente, as licitações sob a égide da Lei nº 8.666/1993, obedecem a seguinte ordem no processamento e julgamento da licitação: instrumento convocatório, habilitação, classificação, homologação e adjudicação⁴⁵. Contudo, no RDC, há uma inversão entre a terceira e quarta etapas, antecedendo o julgamento à habilitação, nos termos do art. 12, incisos IV e V, da Lei nº 12.462/11:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I – preparatória;*
- II – publicação do instrumento convocatório;*
- III – apresentação de propostas ou lances;*
- IV – julgamento;*
- V – habilitação;*
- VI – recursal; e*
- VII – encerramento.*

Essa é uma inovação vista com entusiasmo por parte da doutrina. Assim, sustentam que essa inversão na ordem das fases torna a licitação mais ágil, uma vez que, após o julgamento, a Administração Pública apenas analisará as documentações relativas à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal⁴⁶, somente do licitante vencedor. Sendo assim, essa mudança na ordem prestigia o princípio da celeridade,

⁴⁵ Art. 43, I ao VI da Lei nº 8.666/1993.

⁴⁶ Art. 27, I ao V, da Lei nº 8.666/93.

uma vez que a licitação se torna mais ágil e simplificada⁴⁷⁴⁸.

4.1.5. Novos critérios de julgamento (art. 18)

De modo inovador, o RDC trouxe ao ordenamento jurídico um novo critério (ou tipo) para julgamento das propostas: maior retorno econômico (art. 18, V da Lei nº 12.462/2011). De resto, os demais critérios são os mesmos previstos na Lei nº 8.666/1993: menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior oferta de preço. Sendo assim, esses critérios não serão analisados aqui, haja vista que, já são de conhecimento e não trazem quaisquer inovações de fato ao RDC.

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I – menor preço ou maior desconto;

II – técnica e preço;

III – melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV – maior oferta de preço; ou

V – maior retorno econômico.

O critério de maior retorno econômico só será utilizado em “situações em que o objeto pretendido pela Administração venha a ser executado por intermédio de um contrato de eficiência que terá por objeto a execução de serviços”⁴⁹. Sobre o contrato de eficiência, o art. 23, caput e §1º, da Lei nº12.462/2011 estabelece que no julgamento de maior retorno econômico, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração, estabelece, ainda, que esse contrato terá por objeto a prestação de serviços.

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

⁴⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 197.

⁴⁸ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação?: uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Ano 9, n. 35.

⁴⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 168.

Sidney Bittencourt (2015) aponta que o critério de maior retorno econômico e o contrato de eficiência têm sido alvos de grande crítica por analistas, pois, por um lado, tal contrato é um tipo contratual sem previsão legal e, com relação ao critério, é “altamente subjetivo”⁵⁰.

Sobre essa questão, é importante destacar que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio de nota técnica, já se manifestou sobre o tema. Afirmando que o critério de menor retorno econômico não é subjetivo e que “pode ser medido em indicadores e em pesquisas de mercado, e depois, fiscalizado por órgãos de controle”. Diz ainda que, esse critério tem por objetivo “evitar o aparecimento de ‘obras faraônicas’ sem uso posterior”⁵¹.

4.1.6. Previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29)

Com previsão legal no art. 29, da Lei nº 12.462/2011, os procedimentos auxiliares das licitações, no âmbito do RDC, são a pré-qualificação permanente (art. 30), o cadastramento (art. 31), o Sistema de Registro de Preços (art. 32) e o Catálogo Eletrônico de Padronização (art. 33).

A pré-qualificação permanente não é propriamente uma inovação trazida pelo RDC, uma vez que esse procedimento é adotado pela Lei 8.666/1993 em seu art. 114, §§ 1º e 2º, nesse sentido, segundo o *caput* desse dispositivo, a adoção da pré-qualificação ocorrerá quando “o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos licitantes”.

Noutro giro, é importante salientar que o art. 30, I e II, da Lei nº 12.462/2011, e o art. 80, do Decreto nº 7.581, conceituam a pré-qualificação permanente como um procedimento que antecede a licitação, destinado a identificar fornecedores que possuam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente definidos e bens que cumpram as exigências técnicas e de qualidade da administração pública. É necessário pontuar ainda que, esse procedimento não é necessariamente uma inovação. Ele é um dos pontos impugnados na ADI nº 4655 por violar a

⁵⁰ Idem.

⁵¹ AGÊNCIA BRASIL. AGU defende contratação diferenciada para obras da Copa e das Olimpíadas e contesta Ministério Público. **Estado de Minas**. 14 jun. 2011. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2011/06/14/interna_politica,234085/agu-defende-contratacao-diferenciada-para-obras-da-copa-e-das-olimpiadas-e-contesta-ministerio-publico.shtml>. Acesso em: 05 mai. 2019.

finalidade do procedimento licitatório: a ampla competitividade.

Da mesma forma que o procedimento anterior, o cadastramento nada tem de novidade, tendo em vista que, está previsto no art. 34, da Lei nº 8.666/1993, constituindo “uma espécie de habilitação prévia, cuja finalidade é agilizar a fase de habilitação das licitações, uma vez que torna desnecessária nova apresentação de parte da documentação quando da realização posterior de um certame licitatório.”⁵²

Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano. (Regulamento)
§1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.
§2º É facultado às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

O Sistema de Registros de Preço (SRP) pode ser conceituado como o sistema de compras pelo qual a Administração, mediante licitação, convoca os interessados em fornecer-lhe materiais, equipamentos e gêneros, os quais, quando solicitados, se obrigam a entregar-lhe os bens pelo preço classificado, atualizado ou não, nas quantidades pedidas, durante o prazo de validade do registro⁵³.

A utilização do SRP é prevista no art. 15, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 11, da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), não sendo, portanto, propriamente uma novidade no RDC. Entretanto, Sidney Bittencourt (2015) pontua algumas inovações trazidas na sistemática de registro de preços no RDC, em relação ao regramento geral das contratações públicas. Segundo o autor, o Decreto Federal nº 7.892/13, que regulamenta o SRP em âmbito federal, não regulamenta o RDC, uma vez que o art. 32, da Lei nº 12.462/2011, determina que esse sistema será regido pelo disposto no regulamento do Decreto nº 7.581/11 (regulamento pelos arts. 87 a 108), sendo assim, coexistem dois regulamentos aplicáveis⁵⁴.

⁵² BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 225.

⁵³ BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 229.

Bittencourt⁵⁵ destaca, ainda que, o art. 32, §1º da Lei nº 12.462/2011, inovou por legalizar o instituto da adesão (também chamado de “carona”). Esse dispositivo determina que “poderá aderir ao sistema referido no caput deste artigo qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei”, em outras palavras, o instituto “carona” “permite que outro órgão público, que não participou do registro de preços, firme contratos com base em ata constituída por outros organismos estatais”⁵⁶.

Ademais, o mesmo autor ressalta, com relação à compra nacional para fins de registro de preços, que o seu conceito “foi introduzido no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 8.250/14, que o inseriu nas definições do regulamento do regime geral das licitações (Decreto nº 7.892/12)” e que no âmbito do RDC, apesar da formulação ser a mesma, houve a incorporação, “entre os objetos alcançados, das obras de natureza padronizada.”⁵⁷

Por fim, o art. 33, da Lei nº 12.462/2011, define que “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”. Notadamente, a padronização do objeto não é uma novidade no Ordenamento brasileiro, uma vez que, o art. 15 da Lei nº 8.666/1993, bem como, o art. 14 do Decreto-Lei nº 2.300/1986 consagram o princípio da padronização. Porém, o catálogo eletrônico de padronização é previsto apenas na Lei do RDC.

4.1.7. Previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II)

Outra inovação trazida pelo RDC é a possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento, nos termos do art. 7º, II da Lei nº 12.462/2011. Como fica claro nesse dispositivo, essa possibilidade se restringe à licitação para aquisição de bens e, além

⁵⁵ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 230.

⁵⁶ HEINEN, Juliano. **O Sistema de Registro de Preços no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11)**. In: AGU. Disponível em: < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677995>>. Acesso em: 28. mai. 2019.

⁵⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 239.

disso, é uma exigência vinculada, uma vez que, a lei exige amostra do bem de maneira justificada.

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: II – 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;

Sobre esse tema, é importante assinalar os ensinamentos que Maria Augusta Rost (2011) traz sobre a imprescritível motivação na exigência de amostra, tendo em vista que, há previsão expressa na lei sobre a necessidade dessa justificativa. Nesse sentido, pontua que:

Questão crucial é definir quando será necessária a apresentação também de amostras como forma de demonstração do atendimento aos requisitos de qualidade mínima dos produtos ofertados. Isso ocorrerá sempre que o exame das amostras for imprescindível à avaliação de aspectos do produto ou bem que não possam ser demonstrados por prova documental pelos licitantes – ou mesmo pela apresentação de certificados de qualidade, como admite a Lei nº 12.462. Nesses casos, a Administração deverá demonstrar de forma motivada que a avaliação de amostras é essencial à aferição das características mínimas a serem observadas pelos licitantes com relação aos produtos ofertados.⁵⁸

4.1.8. Possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10)

Apesar do art. 10 da Lei nº 12.462/2011 não ser propriamente uma novidade no ordenamento brasileiro, posto que o art. 6º, §1º da Lei nº 11.079/2005 (Lei de Parceria Público-Privado – PPP), já previa a possibilidade de remuneração variável, o regime dessa remuneração no RDC se mostrou inovador por dois fatores: i) “a permissão à inclusão de previsão contratual que estipule a possibilidade de o contratado se sujeitar a variações em sua remuneração foi positivada no RDC” e, ainda, ii) “em relação à natureza dos contratos sobre os quais incidirá”⁵⁹.

*Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:
§1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.*

⁵⁸ ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 57, novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE57/IE57-Maria.pdf>>. Acesso em: 12. mai. 2019.

⁵⁹ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contrato sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11 ; Decreto nº7.581/11): aspectos fundamentais**. 3.ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 101-116.

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.

É interessante notar que o *caput* do art. 10 da Lei nº12.462/11 estabelece quais são os parâmetros e critérios à aplicação da remuneração variável, quais sejam: previsão de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega. Nas palavras de Matheus Carvalho (2017):

Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, nos moldes do Regime Diferenciado de Contratações, poderá ser estabelecida remuneração variável ao particular contratado, vinculada ao desempenho deste, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos, previamente, no instrumento convocatório e no contrato. É importante salientar que a utilização da remuneração variável será devidamente justificada pelo ente público contratante e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação firmada.⁶⁰

4.1.9. Previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11)

O art. 11 da Lei nº12.462 traz as hipóteses de aplicação da contratação simultânea ou contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço. Nesse sentido, é interessante notar que essa contratação, nos termos do *caput* do mencionado dispositivo, é cabível apenas a serviços, com exceção daqueles de engenharia, nos termos do art. 11, §2º.

Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I – o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou

II – a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

§1º Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, a administração pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.

§2º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos serviços de engenharia.

Com base nesse dispositivo, percebe-se que são necessários dois requisitos para que haja a contratação: o objeto tem que ser divisível (inciso I) e a múltipla execução precisa se mostrar

⁶⁰ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed. rev. ampl. atual. Bahia: JusPODIVM, 2017. p. 585.

conveniente (inciso II).

Em relação ao caráter divisível do objeto, é interessante pontuar sua relevância, pois “se o serviço não é divisível, não há que se falar na contratação simultânea”⁶¹. Assim, André Luiz Freire (2014) usa como exemplo de impossibilidade de aplicação dessa contratação, o trabalho de um advogado para elaboração de um parecer, tendo em vista que não seria possível a divisão desse serviço. Por outro lado, o mesmo autor usa como exemplos de serviços divisíveis e passíveis dessa contratação, os serviços de vigilância de um prédio e os serviços de limpeza⁶².

Além disso, o segundo requisito mostra que “a execução múltipla implicará em maior eficiência na prestação dos serviços e melhor alocação dos recursos públicos”⁶³, porque o próprio *caput* do art. 11 determina que essa execução “não implique perda de economia de escala”.

Por fim, vale ressaltar que a contratação simultânea não é propriamente uma inovação do RDC, uma vez que se assemelha bastante ao parcelamento e licitação por itens, ambos previstos no art. 23, §1º da Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, André Luiz Freire (2014) conclui que a contratação simultânea é o parcelamento da contratação pública, que pode ser realizada por meio de uma licitação por itens⁶⁴.

4.1.10. Previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º)

Tida como “ponto de maior discórdia do RDC”⁶⁵, a contratação integrada está prevista no art. 8º, V da Lei nº 12.462/2011 e consiste, segundo o §1º do art. 9º desta Lei, na “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”.

⁶¹ FREIRE, André Luiz. Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários ao art. 11 da Lei nº 12.462/2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11 ; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3ª ed. ver., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 171-177.

⁶² Idem

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem. p. 177.

⁶⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 740.

É importante salientar que, a contratação integrada não é uma novidade no nosso ordenamento, uma vez que esse regime foi consagrado no Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. Dito isto, o item 1.9 desse regulamento determina que “sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, 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”⁶⁶.

O ponto gerador de maior discussão na contratação integrada é a dispensa de projeto básico para a licitação, previsto no art. 8º, §5º da Lei nº 12.462/2011, assim sendo, as polêmicas que essa contratação gera, serão analisadas em momento oportuno, junto à seção sobre a inconstitucionalidade desta lei.

4.2. As polêmicas vindas com o novo regime

Pode-se dizer que, como corolário das inovações vindas com o RDC, temos as polêmicas que resultaram dele. Neste tópico, faremos um paralelo com o tópico anterior, a fim de mostrar que algumas dessas inovações são alvos de controvérsias e polêmicas em sede doutrinária e jurisprudencial.

Nessa toada, cumpre salientar que esse regime já nasceu de maneira controvertida, tendo em vista que foi inserido no nosso ordenamento por meio de Medida Provisória, posteriormente, convertida em lei. Além desse ponto, temos a questão da ampliação irrestrita das hipóteses de cabimento do RDC, a previsão do orçamento sigiloso e a contratação integrada, que deixa o projeto básico da contratação nas mãos da elaboração da iniciativa privada.

4.2.1. O nascimento do RDC por meio de medida provisória e o aumento de sua aplicação

⁶⁶ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11 ; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3.ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73-87

Como salientado inicialmente, o RDC foi um regime criado exclusivamente para regular obras e eventos ligados aos megaeventos que o país sediaria. Como justificativa para sua criação, alegava-se que o Brasil estaria atrasado nas obras desses eventos e que o regime tradicional de licitação (Lei nº 8.666/1993) seria inadequado por inexistir celeridade nos seus procedimentos.⁶⁷

Um ponto discutido por Joel de Menezes Nierburhr (2015) é que não há razão para não se aplicar o RDC a outros objetos igualmente importantes e de interesse público como, por exemplo, o “saneamento básico, sistema penitenciário, obras rodoviárias e assuntos administrativos em geral”, quando não abrangidos pelo PAC, tendo em vista que a “avaliação ‘oficial’ é que o RDC é positivo”⁶⁸.

É cediço que sua inserção no nosso ordenamento deu-se por meio da conversão da Medida Provisória 527/2011. Devendo ser pontuado que há tempos essa espécie normativa vem sendo alvo de críticas em razão do seu uso ilimitado. Sobre essa questão, Marcelo Novelino (2019), afirma que “o uso desmedido por sucessivos Presidentes ao longo dos anos tem suscitado dúvidas sobre a legitimidade deste instrumento de caráter excepcional.”⁶⁹

Tal questionamento é importante, pois se trata de uma questão impugnada e vista em ambas as ações diretas de constitucionalidade da Lei do RDC. Na ADI nº 4645 é alegado que o RDC “foi inserido no bojo do projeto de lei de conversão por emenda do relator, quando do oferecimento da proposição à liberação do plenário”⁷⁰ e na ADI nº 4655, depreende-se que “a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CR)”⁷¹.

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4 ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 737

⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4 ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 738

⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 704.

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645**. Relator: Min. Luiz Fux. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655**. Relator: Min. Luiz

Nesse sentido, a ADI nº 4645 se pautou, basicamente, na questão do abuso de poder de emendar e violação ao art. 37 da CF. Já a ADI nº 4645, além da questão do abuso do poder de emendar e ofensa ao art. 37 da CF, também salienta que houve violação ao princípio da separação de poderes, bem como aos artigos 215, 216 e 225, IV da Constituição Federal ⁷².

4.2.2. A questão do sigilo no RDC

Na busca por seu objetivo precípua, a saber o alcance do interesse público, a Administração Pública tem como base e diretriz os princípios administrativos que orientam e controlam a produção dos atos e a atuação administrativa. Sendo assim, nosso ordenamento jurídico consagra uma série de princípios, seja de maneira expressa (art. 37, *caput* da Constituição) ou de maneira implícita, que disciplinam a atuação da Administração Pública.

Tendo isso em vista, entre a série de princípios administrativos existentes, temos o importantíssimo princípio da publicidade, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição. Tal princípio “exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública”⁷³, em outras palavras, ele “impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público”⁷⁴. Ademais, cumpre trazer os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2015), destacando que o princípio da publicidade:

“Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento de o princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem”.⁷⁵

O princípio da publicidade é importante para a Administração Pública na medida em que

Fux. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República, Congresso nacional. Brasília, 08 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

⁷² As alegações de cada ADI serão analisadas de maneira pormenorizada no decorrer do trabalho. Aqui, salienta-se apenas os principais pontos das ações.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. revista. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 103

⁷⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. revista. atual. ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 39.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26.

se questiona quanto à possibilidade dele estar sendo violado pelo RDC. Como destacado no tópico 4.1.3 do presente trabalho, a publicidade foi atenuada nessa nova modalidade licitatória, tendo em vista que, o art. 6º de sua lei instituidora dispõe que “o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação”.

Como pontuado, os princípios administrativos são diretrizes que norteiam a atuação administrativa. Entretanto, no que tange especificamente à publicidade, é importante salientar que sua aplicação não é absoluta e comporta exceções, isto é, há hipóteses de sigilo previstas em lei.

Sendo assim, o primeiro questionamento possível de ser feito sobre essa questão, é quanto a haver um fundamento que justifique o orçamento sigiloso no RDC, em relação a algumas das hipóteses previstas em lei. Nesse sentido, um importante dispositivo que trata da publicidade, em sede constitucional, é o disposto no art. 5º, XXXIII da Constituição, em que afirma ter todos o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

A Lei nº 12.527/2011 é um importante marco regulatório sobre o direito à informação, pois “regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal”⁷⁶. Esta lei traz alguns parâmetros para a restrição do acesso a informações como sua classificação quanto ao grau e aos prazos de sigilo. Nesse sentido, assim dispõe o art. 23 deste diploma legal:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 12.527/2001, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações [...]**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm >. Acesso em: 06. jun. 2019.

V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Ao fazer uma leitura atenta do mencionado dispositivo, é possível notar que o orçamento sigiloso não encontraria respaldo em nenhuma dessas classificações. Foi pontuado no tópico 4.1.3, do presente trabalho, que existiria apenas uma justificativa dada para o sigilo no orçamento: impedir o conluio entre os licitantes. Entretanto, como demonstrado, essa justificativa é rechaçada e tida como falaciosa pela doutrina⁷⁷ e, ainda, sem previsão legal.

Levando em consideração o disposto no art. 6º da Lei 12.462, no art. Art. 5º, XXXIII da Constituição e na Lei nº 12.527/2011, depreende-se que o sigilo orçamentário não teria justificativa, o que corroboraria com aqueles que defendem tratar-se de inconstitucionalidade por macular o princípio da publicidade⁷⁸.

4.2.3. As controvérsias em torno da previsão da contratação integrada

A questão polêmica em torno da contratação integrada consiste no fato de não haver previsão na Lei nº 8.666/1993 desse tipo de contratação e por permitir que “todas as etapas de uma obra sejam feitas por uma única empresa”⁷⁹. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 estabelece que as etapas, projetos básicos e executivos devem ser realizados por diferentes empresas.

O RDC, ao prever a contratação integrada, foi alvo de fortes críticas em função do grande “risco de indefinição do objeto e do valor orçado pela Administração Pública, na medida em que é apresentado apenas um anteprojeto de engenharia como parâmetro para as propostas dos

⁷⁷ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. 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. 3.ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45-59.

⁷⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 137.

⁷⁹ AGÊNCIA SENADO. RDC: Contratação integrada e remuneração variável provocam polêmicas. **Senado Notícias**. 06 jul. 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/07/06/rdc-contratacao-integrada-e-remuneracao-variavel-provocam-polemicas>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

licitantes”⁸⁰. Em outras palavras, com a implementação desse tipo de contratação, a atuação da Administração Pública restringiu-se apenas a elaborar o anteprojeto de engenharia, “enquanto que o licitante vencedor irá elaborar o projeto básico e o projeto executivo, assumindo a responsabilidade quanto a eles”⁸¹.

A controvérsia em torno da contratação integrada paira justamente nessa delegação deliberada ao particular da elaboração dos projetos básico e executivo e na preferência que é dada a essa contratação (art. 8º, §5º c/c art. 9º, §1º, ambos da Lei 12.642/11).

Ademais, há a alegação de inconstitucionalidade do RDC referente às obras e os serviços de engenharia, uma vez que, com a contratação integrada, a Administração “tem como resultado a sua dispensa em elaborar os projetos, o que permite a avaliação do melhor custo para a execução do contrato, a ferir, para os doutrinadores, a finalidade competitiva das licitações”⁸².

5. O QUESTIONAMENTO QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE

5.1.ADI nº 4645

A primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), fundamentada nos artigos 102, inciso I e 103, inciso VIII, alíneas ‘a’ e ‘p’, foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Democratas (DEM) e o Partido Popular Socialista (PPS) para que fosse declarada a inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, por afronta aos artigos 5º, caput, 22, inciso XXVII, 62 e 37, caput e inciso XVII da Constituição Federal, entre outros não mencionados.

Como pontuado inicialmente, a Lei nº 12.462/11 foi fruto da conversão da Medida Provisória nº 527/11. Foram incorporadas ao texto, pelo Executivo, pelo menos 47 disposições extremamente distintas do conteúdo original da medida provisória. Nesse sentido, a primeira

⁸⁰ CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. O futuro do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Migalhas**. 18 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231658,21048-O+futuro+do+regime+diferenciado+de+contratacoes+publicas>>. Acesso em: 08. jun. 2019.

⁸¹ MARQUES TORRES, Victor Gustavo; PAULA, Núbia Elizabeth de. A inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas referentes a obras e serviços de engenharia. **Letras Jurídicas**. v.3, n.2, 2º semestre de 2015. p. 291-300.

⁸² CORRALO, Giovani; CARDOSO, Bruna Lacerda. **A (in) constitucionalidade do Regime de Contratações Públicas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b63da8791907b960>>. Acesso em: 08. jun. 2019.

impugnação contra o RDC é justamente a ausência dos pressupostos constitucionais necessários à edição de Medidas Provisórias, uma vez que foi editada sem a observância do artigo 62 da Constituição, que estabelece os pressupostos de relevância e urgência como elementos imprescindíveis para essa espécie normativa.

Assim, argumentou-se que impedir que a Corte Constitucional examine o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência seria o mesmo que privar o art. 62 da CF de qualquer possibilidade de eficácia jurídica. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello ressaltou, no pleito vinculado pela ADI 2.213, que não há justificar quando da utilização “abusiva de medidas provisórias, sob pena do Executivo [...] investir-se, ilegalmente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se em instância hegemônica de poder, afetando a relação de equilíbrio entre os Poderes da República” (ADI 2.213-MC, DJ de 04.04.2002).

Sobre essa questão, o Requerente pontua que a afirmação de ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência não se refere às disposições atinentes do Regime Diferenciado de Contratação. O RDC não constava do texto original da medida provisória, o mesmo foi inserido no bojo do projeto de lei de conversão por emenda do relator, quando do oferecimento da proposição à deliberação do plenário. Sobre esse tema, os Requerentes citaram trecho do voto do Ministro Moreira Alves, proferido nos autos da ADIn 162-1-DF, que assim asseverou:

“Ora, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 62.739, em que declarou a inconstitucionalidade, em face da Constituição de 1967, o Decreto-Lei 322, de 7.4.67, por entender que ele regulava matéria estranha ao conceito de segurança nacional, se manifestou no sentido de que ‘a apreciação dos casos de ‘urgência’ ou de ‘interesse público relevante, a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, assume caráter político, e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade e de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso’ (RTJ-44/54). Posteriormente, esse entendimento foi seguido no RE 74.096 (RTJ 62/819) e no RE 75.935 (R.D.A. 125/89).

Essa orientação, no entanto, tem de ser adotada em termos, pois, levada às últimas conseqüências, admitiria o excesso ou abuso do poder de legislar mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só admite ‘em caso de relevância ou urgência’. Aliás, no RE nº 62.739, que deu margem a essa jurisprudência, esta própria Corte, com relação ao conceito de segurança nacional – que era limitação referente ao objeto do Decreto-lei na Constituição em vigor -, declarou a inconstitucionalidade do ato normativo que estava em causa, exatamente pelo abuso do poder de legislar, uma vez que seu relato – o Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO – acentuou que ‘repugna à Constituição que, nesse conceito de segurança nacional, seja incluído assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses miúdos e privados de particulares.’” (Grifo acrescido).

Argumentou-se que a medida provisória em exame tratava apenas da reorganização da Presidência da República e Ministérios, cunhando um tema ordinário que não autoriza o emprego de medidas provisórias. Porém, as alterações pretendidas em sua redação original não teriam o poder de trazer os resultados esperados, apontando a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 527 e, por conseguinte, da Lei nº 12.462/11.

O segundo argumento apresentado foi o abuso do poder de emendar e violação do devido processo legislativo, posto que a tramitação da Medida Provisória nº 527 e do respectivo projeto de lei de conversão no Congresso Nacional não observaram o devido processo legislativo constitucional. Isso porque, houve a admissão de emendas impertinentes ao texto da Medida Provisória, uma vez que o RDC não constava em seu texto original, tendo sido incluído por emenda do relator quando tramitava na Câmara dos Deputados.

A fim de reforçar a argumentação, o Requerente faz menção ao fato de que não foi a primeira vez que se pretendeu inserir as disposições relativas ao RDC no texto de medidas provisórias em tramitação no Congresso Nacional, citando, para tanto, as MPs nº 489, 503, 511, 517 e, detalhando, a nº 521. A ênfase dada à esta última se dá pelo fato do RDC, incluído nessa MP, ter sido retirado pela relatora, após ter acentuado demasiadamente os debates na matéria. Todavia, tal Regime Diferenciado foi incluído no bojo da Medida Provisória nº 527/11, que acabou convertida na Lei nº 12.462/11, diploma normativo motivo da ação ajuizada de inconstitucionalidade.

É cediço que, a mencionada Medida Provisória versa sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, sobre a criação da Secretaria de Aviação Civil, a alteração da legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, a criação dos cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão; também dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários e a criação dos cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. Assim, é aduzido que não há relação de pertinência lógica entre a emenda que fez incluir o RDC e os temas tratados pela MP.

As medidas provisórias são, ao mesmo tempo, norma jurídica de força cogente e projeto de lei de iniciativa do Executivo. Assim, aplicam-se as regras e princípios que regulam a tramitação das proposições legislativas no Congresso Nacional. É sabido que durante sua

tramitação, as medidas provisórias podem ser emendadas por meio de projeto de lei de conversão, que acrescentam disposições que não constavam no texto original, inclusive com matérias vedadas à medida provisória. Todavia, ao serem emendadas, sujeitam-se à restrição da pertinência lógica entre o objeto da emenda e o texto normativo emendado.

Nesse sentido, é sustentado que “as emendas não devem conter conteúdo estranho à proposição normativa a que se referem” e devem observar a pertinência temática com o texto originário da Medida Provisória. Pois a admissão de emendas impertinentes em relação ao texto original traz como consequência institucional o impedimento de amplas discussões públicas sobre a matéria objeto da emenda e afasta a possibilidade do oferecimento de emendas parlamentares pelos demais membros do legislativo. Sendo assim, no caso em comento, houve vício de inconstitucionalidade de natureza formal.

No que tange à inconstitucionalidade formal do RDC, os Requerentes aduzem duas razões para postular a declaração de inconstitucionalidade. Primeiro, o extravasamento dos limites constitucionais ao poder de emendar, por parte do relator, em razão do oferecimento de emenda parlamentar com matéria estranha ao objeto da proposição originária. Segundo, a criação de obstáculos ilegítimos ao poder de emendar dos demais parlamentares, que se veem impedidos de oferecer emendas relativas aos novos temas inseridos pelo relator.

É evidente que o direito de apresentar emendas é inerente ao Estatuto Parlamentar. E ainda que não haja uma regra que autorize os parlamentares a apresentar emendas durante a tramitação de medidas provisórias e de sua conversão em lei, isso é inferido a partir da interpretação sistemática dos arts. 48, 63, incisos I e 166, §§ 3º e 4º da Constituição Federal, desde que respeitados os limites temáticos impostos pela proposição originária. Sobre isso, ressalta-se a decisão proferida na ADI 3288, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 20.02.2011:

“(…) 3. O Poder Legislativo detém a competência de emendar TODO E QUALQUER PROJETO DE LEI, ainda que fruto da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (art. 48 da CF). Tal competência do Poder Legislativo conhece, porém, duas limitações: a) **A IMPOSSIBILIDADE DE O PARLAMENTO VEICULAR MATÉRIA ESTRANHA À VERSADA NO PROJETO DE LEI (REQUERIDO DE TEMÁTICA)**; b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF)” (grifos não originais).

Sendo assim, o Requerente argumenta que em relação à pertinência lógica entre

proposição originária e a proposição acessória é possível afirmar que, a apresentação de emenda contendo matéria impertinente em relação à proposição emendada configura abuso de direito de emendar, pois excede os limites que lhe são próprios. Portanto, é lícito aos parlamentares inovar quanto ao sentido da regulamentação, mas não quanto ao tema objeto da proposição.

Além disso, também é suscitada a violação dos artigos 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI da Constituição, baseando-se nos artigos 1º e 65 (que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável), o artigo 6º, §3º (que estabelece presunção de sigilo do custo das obras), o art. 9º (que permite a contratação integrada, para realização de obras e serviços de engenharia), o artigo 10 (que permite o estabelecimento de remuneração variável para obras e serviços públicos) e o artigo 15, §2º (que dispensa a publicação em diário oficial). Há, ainda, outros que não estão de acordo com os mencionados dispositivos constitucionais e, tampouco, com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

A partir da citação de trecho do livro Curso de Direito Administrativo, de Marçal Justen Filho, estabelece-se como argumento dois princípios básicos acerca do processo licitatório, sendo o primeiro a obrigatoriedade da licitação, cuja dispensa ou inexigibilidade é excepcional e o segundo é a evidência de que a exigência do processo licitatório é um corolário dos princípios da moralidade e da isonomia, sendo esses fundamentos basilares das atividades públicas. Nesse sentido, por ser regra a obrigatoriedade da licitação, qualquer tentativa de se inverter tal lógica representa uma violação do próprio texto constitucional.

No que tange ao artigo 37, inciso XXI da Constituição, que estabelece a obrigatoriedade de realização de processo licitatório como “etapa necessária à celebração de contratos para a realização de obras, serviços, compras e alienações”, outro ponto questionado na ADI é a violação à essa obrigatoriedade de licitação, uma vez que o RDC possui dispositivos (artigos 1º e 65, por exemplo) que não são capazes de assegurar os princípios da moralidade e isonomia entre os participantes da licitação, uma vez que o processo licitatório é um corolário desses princípios.

O art. 1º delega ao Executivo a capacidade de escolher, caso a caso, o regime jurídico da licitação pública a que será submetido, uma vez que em seus incisos as hipóteses descritas são vagas e imprecisas. Sendo assim, o legislador lançou mão de conceito indeterminado e transferiu uma competência normativa que, nos termos da Constituição em vigor, cabe ao Poder

Legislativo.

Nesse sentido, o Requerente aponta que de acordo com o art. 37, XXI, da Constituição em vigor, as regras do Direito Público e, particularmente, aquelas que versam sobre licitações, 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.

Quanto ao art. 65 da lei impugnada, é possível inferir o reforçamento da margem de discricionariedade do Executivo, podendo gerar descontrole nas compras e licitações, uma vez que antes que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, toda sorte de contratações poderá beneficiar-se do regime previsto na lei impugnada. Pois, basta 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”.

Outro ponto polêmico que provocou questionamentos, foi a contratação integrada e a remuneração variável. Com relação ao primeiro, criado pela Lei nº 12.462/11, alega-se que a contratação integrada afastou a necessidade do projeto básico para se iniciar o processo licitatório, sendo que esse projeto é “elemento essencial para a objetivação da licitação e para a efetivação de normas constitucionais, notadamente as de controle dos atos administrativos”. Além disso, o “anteprojeto”, exigido no RDC, seria insuficiente para a devida objetivação da obra ou serviço, sendo pontuado que o projeto básico passaria a ser elaborado pelo vencedor do certame no transcorrer da obra. Prescreve a lei em exame:

“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 serviços desejados;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o dispositivo 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.”

Basta confrontar o art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/11 com as exigências para elaboração do projeto contidas no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 para se perceber a insuficiência do anteprojeto, como definido pela própria lei, ora em discussão.

Quanto à remuneração variável, alude que essa regra não está de acordo com os princípios da moralidade e impessoalidade esculpidos no caput do artigo 37 da Constituição. Uma vez que, oferecer ao gestor público a discricionariedade sobre os valores a serem pagos aos contratados, constituiria um mecanismo que fomentaria “relações promíscuas entre o público e o privado”, ao invés de estimular a eficiência na execução dos contratos administrativos.

Outrossim, é destacado que os princípios da publicidade e moralidade também foram violados pelo RDC, em função da dispensa da publicação da licitação em diário oficial (artigo 15, §2º, Lei 12.462/11), o que afrontaria esses postulados, uma vez que a dispensa da publicação impressa mitigaria a publicidade já que esse tipo de publicação “oferece registro definitivo, seguro e indelével dos atos administrativos”.

Além disso, “as publicações impressas ainda são estáveis e oferecem um registro seguro para a posterioridade”, ao contrário da divulgação apenas na internet. No tocante à moralidade, esse dispositivo reduziria a possibilidade de eficácia de controle social, o que enfraqueceria esse princípio.

Ademais, é salientado que o artigo 6º, §3º da lei impugnada, é contrário ao texto constitucional por estabelecer “uma presunção de sigilo”, sendo cediço que, a princípio, as informações relativas à atuação da Administração são públicas por regra, como prescreve o artigo 5º, XXXIII da Constituição, sendo que essa presunção não elimina “o dever constitucional de motivação dos atos jurídicos do Poder Público”.

5.2.ADI nº 4655

A segunda ADI foi ajuizada alguns dias depois do ajuizamento da anterior. Ela foi proposta pelo então Procurador-Geral da República à época, Roberto Gurgel, que aduz a existência de vícios de natureza formal e material na lei impugnada.

A edição da Medida Provisória nº 527/2011 instituiu a alteração da Lei nº 10.683/2003, a fim de modificar a estrutura organizacional, bem como as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, resultando em adaptações na legislação que regulamenta a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO. Sob a relatoria do Deputado José Guimarães, foi apresentado em plenário o projeto de lei de conversão da medida provisória mencionada, acrescentando ao diploma normativo dispositivos que regulam o RDC, acerca das obras da Copa do Mundo FIFA e dos Jogos Olímpicos de 2016.

No que tange a impugnação de vício formal, o Procurador-Geral salienta que houve

afronta ao devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CF) e ao princípio da separação de Poderes (artigo 2º, da CF) na inclusão de matéria estranha (no caso, o RDC) a que era tratada na Medida Provisória. A inobservância à separação de Poderes deu-se pelo fato de ser necessário que a inclusão de matéria deve guardar “afinidade lógica com a proposição original” (ADI-MC 1.050, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 23/04/2004). A título meramente ilustrativo, foi trazido o seguinte precedente do STF que corrobora com essa impugnação:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República).

2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica.

3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal.

4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, *caput*, e 37, inc. I e II, da Constituição da República.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2.113, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 157, de 20/08/2009)

O mesmo entendimento deve ser aplicado à medida provisória. Assim, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida, uma vez que os dispositivos impugnados da Lei nº 12.462/2011 são fruto de emenda parlamentar que introduzem elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidência da República.

Com relação aos vícios materiais, suscita-se que os artigos 1º, II e II e 65, da lei impugnada, estão em contrariedade à legalidade prevista no artigo 37, XXI da Constituição, uma vez que “tais dispositivos não fixam parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devam seguir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”. Assim sendo, a ofensa ao dispositivo constitucional é evidente porque “o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim por ato do Executivo”. Celso de Mello enfatiza o princípio da

legalidade, ao dizer:

“Assim, não há dúvida que, por força disto, os cidadãos têm o direito de participar de uma licitação segundo regras estabelecidas por lei - que direitos se regulam por lei, e não por atos de órgão da Administração. É um contrassenso que, sendo a licitação uma garantia do cidadão contra discriminações indevidas que lhe possam ser feitas pela Administração, sua disciplina seja estabelecida precisamente por ela, contra a qual a Constituição quis garanti-lo (a própria Administração).”

Além disso, é posto, ainda, que os dispositivos da lei “não fixam parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devam seguir o RDC”. O artigo 1º, I, em relação aos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, delega à Autoridade Pública Olímpica a responsabilidade de escolher quais obras e serviços se submeterão a tal regime. Já o art. 65 permite que o RDC seja adotado para licitações e contratos que o administrador público julgar necessários enquanto a Carteira de Projetos Olímpicos não estiver definida. Nesse sentido, a ofensa ao art. 37, XXI, da CR se mostra evidente, pois “o regime de licitação pública não está definido por lei, e sim por ato do Executivo”, não havendo parâmetro legal acerca do que seja licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei.

Ademais, também é pontuado que houve inobservância do artigo 37, XXI por parte dos seguintes dispositivos da lei do RDC: artigo 2º parágrafo único e inciso V; 8º, V e §5º; 9º, §1º ao §4º e 36. No tocante a esses dispositivos, que tratam sobre a adoção preferencial do regime de contratação integrada, o Reclamante alega que tal regime “implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços”.

A contratação integrada traria duas implicações em desconformidade com o mencionado dispositivo constitucional: (i) “obras e serviços serão contratados sem que previamente se tenha definido, de forma clara, o seu objeto” e (ii) “ao permitir que se concentrem num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra e/ou serviço” há o “desvirtuamento de todos os propósitos da licitação, como aqueles que estão inscritos no artigo 37, XXI”. A título exemplificativo da primeira implicação da contratação integrada, foi trazido o seguinte precedente do Tribunal de Contas da União, que trata do quanto a baixa qualidade do projeto básico compromete os propósitos de uma licitação:

“TC 0077.162/2006-0 – Acórdão 2873/2008

Voto do Ministro Relator

12. Quanto à necessidade, ou não, de elaboração de orçamento detalhado quando da

contratação de obra em regime de empreitada global, a conclusão foi no sentido de que a lei exige a elaboração de tal orçamento detalhado para todo e qualquer tipo de modalidade de contratação, inclusive a empreitada integral, ou turn key, e de que as razões e ordem material que fundamentam essa exigência legal também valem para todo e qualquer tipo de contratação, quer seja pela necessidade de a administração conhecer a estimativa de custos da obra antes de licitá-la, de compatibilizar as execuções financeira e física do empreendimento, de avaliar os novos custos em caso de eventual modificação necessária no projeto, ou, ainda, de garantir que o preço pago seja uma justa remuneração pelo bem obtido.

(...)

21. Conforme informações apresentadas pela CTS, os dois principais contratos da presente obra foram celebrados sob o regime de execução denominado "empreitada integral", por meio do qual as empresas licitantes oferecem um preço "fechado" pela execução integral do objeto licitado, entregando-o em condições de plena utilização ou operação.

22. Uma primeira irregularidade grave já detectada nos autos em instruções anteriores refere-se à baixa qualidade do projeto básico conforme constava da licitação, não apenas em seu detalhamento, mas também em suas soluções.

(...)

78. No que diz respeito à licitação, conclui-se que o projeto básico não se encontrava em condições de ser licitado, vez que não espelhava uma solução viável e suficientemente detalhada. O volume de modificações que se fizeram necessárias posteriormente demonstram objetivamente essa conclusão.

79. Apesar de a lei brasileira claramente determinar, e as normas do Órgão internacional financiador em nada obstem, não foi elaborado um orçamento detalhado da obra por parte da administração, mas apenas um orçamento estimativo, baseado em comparações com outras obras do gênero, denominado "orçamento appraisal". Concluiu-se que esse orçamento não é suficiente a demonstrar os custos envolvidos na obra específica e não atende às exigências da legislação brasileira.

(...)

82. A má qualidade do projeto básico fez surgir a necessidade de diversas e profundas modificações no desenho original durante a execução da obra, que deu ensejo à celebração de diversos aditivos, o que também, e a princípio, não é permitido pela legislação brasileira em obras sob regime de empreitada integral, salvo para situações imprevisíveis.

(...)

118. Com efeito, a precariedade do projeto básico e a inexistência de orçamento com nível de detalhamento suficiente comprometem a licitação da qual adveio o contrato, vez que incompatíveis com as condições estabelecidas em lei. As modificações que se fizeram necessárias durante a execução da obra não só comprovam essa assertiva, como, por si só, já configuram razão suficiente para a nulidade do contrato, vez que seu objeto inicial restou desfigurado e que sua conclusão já exige que as condições inicialmente contratadas sejam alteradas acima dos limites legais. Além disso, e conforme apontado pela Unidade Técnica, a simples existência de cláusula de medição e pagamento contrária aos ditames legais e à moralidade, economicidade e razoabilidade já seria também suficiente para que se declarasse o contrato nulo, pela flagrante ilegalidade de cláusula essencial."

(Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2873/2008 – Plenário)

Nesse sentido, a definição prévia do objetivo da licitação, tal como definido no art. 6º, IX da Lei nº 8.666, é uma máxima decorrente do princípio da isonomia dos concorrentes, pois é a partir dele que as diversas propostas podem ser objetivamente comparadas.

Ainda em discordância com o art. 37, XXI da Constituição, estão os artigos 29, I e 30 da

lei impugnada (tratam da pré-qualificação), uma vez que atingem a finalidade do procedimento licitatório: a ampla competitividade. Sob esse prisma, o procedimento de pré-qualificação previsto no RDC está na contramão dos princípios republicano e da isonomia (postulados que são desdobramentos da ampla competitividade nas licitações), tendo em vista que esse procedimento “busca a habilitação prévia dos licitantes em fase anterior e distinta da licitação” e, ainda, “permite que interessados não pré-qualificados sejam alijados da licitação (art. 30, §2º)”.

O Requerente alegou que o TCU (em TC 041.150/2007-7 - Acórdão 807/2008 - Plenário), como recomenda o art. 114 da Lei n.º 8.666, já observou nesse modelo de pré-qualificação irregularidades como direcionamento de certames, conluio entre participantes e sobrepreços. Quanto à Lei n.º 12.462, não há qualquer caráter de excepcionalidade, pois a pré-qualificação é prevista em todas as situações que envolvam o fornecimento de bem e execução de serviço e obra, o que configura lesão à ampla competitividade que deve nortear as licitações.

Por fim, o Procurador-Geral destaca que é necessário ser declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto dos artigos 4º, §1º, II e §2º e 14, parágrafo único, II da lei impugnada, “para afastar qualquer interpretação que dispense exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade”. Citando como justificativa os artigos 215 e 216 e o estudo de impacto ambiental previsto no art. 225, §1º, ambos da Constituição Federal, por serem instrumentos adequados para a avaliação da extensão do dano e ajuizar sobre a possibilidade e conveniência da obra ou atividade.

5.3. Análise das ADI's sob a ótica da jurisprudência e doutrina

No presente capítulo, optou-se por trazer em análise dois questionamentos das ADI's mencionadas no capítulo anterior: a discussão em torno da conversão da Medida Provisória e a questão da publicidade no RDC.

Tal opção deve-se ao fato das demais impugnações trazidas nas ADI's não serem tão debatidas em sede jurisprudencial e doutrinária, ao contrário dos dois pontos que serão tratados a seguir.

5.3.1. A questão da conversão da Medida Provisória

As medidas provisórias são espécies normativas de competência do Presidente da República. Segundo Gilmar Mendes (2018), esse ato normativo possui um “caráter provisório e resolúvel”⁸³, uma vez que, precisa ser convertido em lei no prazo de 60 dias (art. 62, §3º da CF), caso contrário, a medida perderá sua eficácia. Tendo essas premissas, o mencionado autor conceitua do seguinte modo: “são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas ao Presidente da República conta o poder de editá-las”⁸⁴.

Outro ponto importante sobre a medida provisória e que se mostra impugnada em ambas as ADI’s é a da ausência de pressupostos para a edição da MP. Nesse sentido, dispõe o art. 62 da CF que são requisitos para a adoção de medidas provisórias a relevância e urgência do caso.

Segundo a Resolução nº 1/2002, que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias no Congresso Nacional, “é vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”, nos termos do art. 4º, §4º. Nesse sentido, a alegação sobre o abuso do poder de emendar e violação ao devido processo legislativo, encontra respaldo na legislação, uma vez que a mencionada Resolução veda essa prática, bem como a doutrina e a jurisprudência.

No que tange à doutrina sobre esse tema, é importante colher os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, quando afirma que a medida provisória pode ser emendada no Congresso, ausentando-se da proibição que havia no regime do decreto-lei, “na ordem constitucional pretérita. As emendas apresentadas devem, porém, guardar pertinência temática com o objeto da medida provisória, sob pena de indeferimento”⁸⁵. Noutro giro, salienta-se que a lei de conversão é autônoma em relação à medida provisória, assim, seria possível a inclusão de

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 993-994

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 994.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2018. p. 994-995.

matérias vedadas à medida provisória⁸⁶, contanto que mantenha pertinência temática com a medida provisória. Nesse sentido,

Uma vez que, a lei de conversão tem autonomia, em relação à medida provisória, a lei de conversão pode veicular matérias constitucionalmente vedadas à medida provisória, desde que mantida a homogeneidade temática exigida no Regimento Comum do Congresso Nacional (§ 4º do art. 4º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional). Por exemplo, uma medida provisória tributária não pode tipificar como crime o não adimplemento do tributo por ela contemplado, uma vez que o art. 62, § I, b, da Constituição de 1988, acrescentado pela EC 32/2001 veda a edição de medida provisória sobre matéria penal. Porém, a lei de conversão pode⁸⁷.

“A lei de conversão particulariza-se e qualifica-se por: a) pressupor uma medida provisória a converter; b) possuir conteúdo delimitado e condicionado pela medida provisória; c) seguir processo legislativo específico; e d) dever ser aprovada dentro do prazo constitucional sob pena de decadência. Portanto, tendo âmbito temático próprio, bem assim processo legislativo específico, a lei de conversão da medida provisória é, insista-se, espécie normativa primária e autônoma.”⁸⁸

No campo jurisprudencial, segundo Gilmar Mendes, o STF consolidou o entendimento de que a inclusão de matéria estranha na conversão de medida provisória em lei não é compatível com o princípio democrático e o devido processo legislativo⁸⁹. Essa compreensão foi assentada no bojo da ADI 5.127, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se discutia a constitucionalidade da Lei nº 12.249/2010, fruto da conversão da Medida Provisória nº 472/2009, que extinguiu a profissão de técnico em contabilidade, por meio de emenda parlamentar no processo de conversão.

Ao analisar o caso, a Relatora entendeu que “não encontra amparo na sistemática

⁸⁶ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
b) direito penal, processual penal e processual civil;
c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

⁸⁷ OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007. Disponível em < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/173/ril_v44_n173_p285.pdf >. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁸⁸ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e sua conversão em lei**: a emenda constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2018. p.1002-1003.

constitucional a admissão de emenda parlamentar sem pertinência temática com matéria versada na medida provisória submetida ao procedimento de conversão em lei”. Ao fim, a ementa do julgado ficou consignada do seguinte modo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.
2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.
3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.

Ademais, são fartos os precedentes que vão no mesmo sentido do entendimento firmado pela ADI 5.127. Nesse sentido, a título exemplificativo, seguem alguns julgados sobre o tema:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DA LEI 15.301, DE 10 DE AGOSTO DE 2004, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. (...) O Poder Legislativo detém a competência de emendar todo e qualquer projeto de lei, ainda que fruto da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (art. 48 da CF). Tal competência do Poder Legislativo conhece, porém, duas limitações: a) a impossibilidade de o Parlamento veicular matéria estranha à versada no projeto de lei (requisito de pertinência temática); b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF). Hipóteses que não se fazem presentes no caso dos autos. Vício de inconstitucionalidade formal inexistente. (...)”

(ADI 3288/MG, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 03.10.2010, DJe 24.02.2011)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA PELO ART. 29 DA LEI N. 8.216, DE 1991, AO ART. 7. E SEUS INCS., DA LEI N. 3.765, DE 1960. IMPUGNAÇÃO DO CAPUT E DO INC. I, EM RAZÃO DE EMENDA ADITIVA, FEITA PELO SENADO, NO TEXTO DESTA ÚLTIMO, COM A QUAL FOI SANCIONADA A LEI, SEM QUE O PROJETO HOUVESSE RETORNADO A CÂMARA FEDERAL, ONDE TEVE ORIGEM, PARA A DEVIDA REAPRECIÇÃO, COMO IMPOSTO NO ART. 65, PARAGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Flagrante inconstitucionalidade formal da referida emenda, por sua absoluta impertinência, em face do texto do projeto, originário do Chefe do Poder Executivo, já que pretendeu introduzir matéria relativa a pensão militar, onde se cuidava de antecipação dos efeitos de revisão de vencimentos. Afronta ao art. 61, par. 1., II, c, da Constituição. Nódoa que, neste caso, ultrapassa os limites do texto impugnado para atingir, em sua integridade, o referido artigo 29, que, de outro modo, restaria despido de qualquer sentido, na parte remanescente. Inconstitucionalidade que, pela mesma razão, também se declara relativamente ao art. 30, na parte em que teve por revogado o art. 3. da Lei n. 3765, de 1960. Procedência da ação.” (ADI 574/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgamento em 03.6.1993, DJ 11.3.1994).

Essa questão, que consiste na afronta ao devido processo legislativo, é visto na ADI nº 4645. Nesse sentido, cabe tecer alguns comentários em relação ao processo legislativo, bem como, verificar como a doutrina e jurisprudência vêm tratando o tema.

O processo legislativo, segundo o art. 59 da Constituição, compreende na elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Além disso, poderíamos conceituar esse processo sendo o “conjunto de normas reguladoras da elaboração de atos normativos primários”⁹⁰.

No tocante à impugnação quanto à constitucionalidade do RDC, sobre essa questão, é alegado que houve violação dos artigos 59 e 62 da Constituição. O artigo 59, como mencionado, regula as espécies normativas elaboradas no bojo do processo legislativo e o artigo 62, por sua vez, define as hipóteses de cabimento das medidas provisórias.

Salienta-se que é possível emenda parlamentar em projetos de iniciativa reservada, como é o caso das medidas provisórias. Entretanto, como pontuado, a emenda deve guardar pertinência temática com o texto original e, segundo entendimento do STF, a emenda não pode acarretar aumento de despesa. Nesse sentido, Marcelo Novelino (2019) sintetiza essa questão do seguinte modo:

“Em síntese, a possibilidade de alteração de projetos de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo por meio de emendas parlamentares, possui duas limitações: a) não podem ser vinculadas matérias sem pertinência temática com as versadas no projeto de lei original (“contrabando legislativo”) e b) são vedadas emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa pública (ressalvada o disposto no artigo 166, §§ 3º e 4º da Constituição).”⁹¹

Nessa perspectiva, a jurisprudência do STF é pacífica nas duas limitações à possibilidade de emendas parlamentares, podendo ser colacionado os seguintes julgados:

PROCESSO OBJETIVO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – CONCESSÃO. Surgindo a relevância e o risco de manter-se com plena eficácia os preceitos atacados, impõe-se o deferimento da medida acauteladora,

⁹⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 691.

⁹¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 696-697.

suspendendo-os. PROJETO DE LEI – INICIATIVA EXCLUSIVA – EMENDA PARLAMENTAR – DESVIRTUAMENTO. A ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa a projeto de lei de iniciativa exclusiva leva a concluir-se pela inconstitucionalidade formal.

(STF, ADI nº 5.442 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno 17/03/2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 25 E DO CAPUT DO ARTIGO 46 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 836, DE 02 DE DEZEMBRO DE 1997. DIPLOMA NORMATIVO QUE INSTITUIU O PLANO DE CARREIRA, VENCIMENTOS E SALÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS INEGRANTES DO QUADRO DO MAGISTÉRIO DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO AOS INCISOS IV E VI DO ARTIGO 84 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998, BEM COMO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (ART. 2º DA C.F.).

- As normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa. Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações: a) a impossibilidade de o parlamento veicular matérias diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo; e b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF). No caso, a Lei Complementar nº 836/97 é fruto de um projeto de lei de autoria do próprio Governador do Estado de São Paulo e o impugnado parágrafo único do artigo 25, embora decorrente de uma emenda parlamentar, não acarreta nenhum aumento da despesa pública. Vício de inconstitucionalidade que não se verifica.

- O artigo 46 da Lei Complementar nº 836/97 dispõe que, na hipótese de o deslocamento do servidor público ocorrer sem prejuízo remuneratório, caberá ao Município ressarcir ao Estado os valores pagos ao agente estatal cedido, bem como os encargos sociais correspondentes. Tudo a ser feito com recursos provenientes do repasse do Fundo de Desenvolvimento e Manutenção do Ensino Fundamental. Caso em que se reconhece ofendida a autonomia municipal para aplicar livremente as suas rendas (CF, art. 18). - Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Na hipótese de o afastamento ocorrer sem prejuízo de vencimentos, o Município ressarcirá ao Estado os valores referentes aos respectivos contracheques, bem como encargos sociais correspondentes, com recursos provenientes do repasse do Fundo de Desenvolvimento e Manutenção do Ensino Fundamental", constante do art. 46 da Lei Complementar nº 836/97, do Estado de São Paulo.

(STF, ADI nº 3.114/SP, Rel. Carlos Britto, Pleno 24/08/2005)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI GAÚCHA N. 11.639/2001. CADASTRO DE CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELO PODER EXECUTIVO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. EMENDAS PARLAMENTARES EM PROJETO DE LEI DE INICIATIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. As emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa privativa do Poder Executivo e Judiciário são admitidas, desde que guardem pertinência temática com o projeto e não importem em aumento de despesas.

2. As normas impugnadas, decorrentes de emendas parlamentares, estabelecem o procedimento a ser adotado pelo Poder Executivo estadual para a realização de inscrições no Cadastro de Contratações Temporárias, tema não incluído entre aqueles cujos projetos de lei são de iniciativa privativa do Governador do Estado.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(STF, ADI nº 2.583/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno 01/08/2011)

Em que pese esse entendimento consolidado, o próprio STF, no bojo da ADI 5127, declarou, pela primeira vez, que o “contrabando legislativo”⁹² é inconstitucional. Nesse mesmo julgado, em atenção ao princípio da segurança jurídica, consignou que se mantêm válidas todas as leis promulgadas até a data da publicação do acórdão do julgado, que ocorreu em 15/10/2015. Sendo assim, apesar de ser flagrante a prática de contrabando legislativo no RDC, essa lei não poderia ser declarada inconstitucional com base nesse fundamento, uma vez que ela é anterior ao mencionado julgado.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DECONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.
2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantêm-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.
3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.

5.3.2. A importância de se observar o princípio da publicidade

A ADI nº 4.645 questiona a constitucionalidade dos arts. 6º, §3º e 15, §2º da Lei do RDC. Sobre essa questão, é expressamente imposto à Administração Pública a publicidade. Isso porque, a publicidade dos atos administrativos é tida como um alicerce do exercício do poder democrático, uma vez que “tais atos devem orientar-se por normas que possibilitem a constante interação entre povo e Estado, quer seja através da divulgação de informações, prestação de contas ou mesmo da participação direta da população na Administração Pública.”⁹³

Além desse exercício do poder democrático, outra nuance da publicidade é garantir a

⁹² Assim é denominado a prática de inserir, por meio de emenda parlamentar, assunto que não tenha pertinência temática com a que é tratada na medida provisória.

⁹³ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3ª ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-72. p. 70.

transparência para evitar a corrupção e fraldes no bojo das contratações públicas. Nota-se que a restrição da publicidade no RDC não está em consonância com o texto constitucional. Dessa forma, João Paulo Ferreira e Roberto Dias (2014) concluem que houve violação ao princípio da publicidade:

“A mitigação imposta pelo Legislador à publicidade de certos atos relativos ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) não se amolda à hipótese na qual o ‘sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’, razão pela qual viola frontalmente o princípio da publicidade dos atos administrativos”⁹⁴.

6.CONCLUSÃO

Fica evidente que o RDC é uma modalidade licitatória que já nasceu de maneira controvertida. Mas essa questão, como se depreende do desenvolvimento do trabalho, não é o único ponto polêmico no qual está envolvido, tendo em vista que houve o aumento de seu cabimento de maneira demasiada, questionamentos em relação às inovações trazidas por ele que geraram a dúvida quanto à sua constitucionalidade.

Apesar do caráter de provisoriedade do RDC, observou-se o aumento de sua aplicação para diversas situações que fogem ao objeto de sua instituição: regular licitações e contratos dos megaeventos que o Brasil sediou. No tocante a esse ponto, não houve qualquer impugnação ou questionamento nesse sentido. Sendo pontuando, inclusive, que o regime é visto de maneira positiva e que deveria ser aplicado outros objetos igualmente importantes e de interesse público.

Em relação às críticas à Lei nº 8.666/93 e o entusiasmo com que foi recebido o RDC, foi salientada a relação entre as leis e apontado que o RDC afastou, expressamente, a incidência da Lei nº 8.666/93. Partindo dessa premissa, temos algumas diferenciações entre esses diplomas normativos: (i) no que tange à formação da comissão licitante; (ii) a possibilidade de indicação de marcas no RDC e a vedação expressa desse tipo de indicação na Lei 8.666/93 e (iii) os prazos para impugnação aos quais se leva em consideração o objeto da contratação (no caso da Lei 8.666/93) e a pessoa (no caso do RDC). Além disso, como ponto convergente, vimos que as sanções administrativas, criminais e demais regras previstas na Lei 8.666/93, aplicam-se às licitações e contratos regidos no RDC.

Outro ponto salientado foram as indiscutíveis inovações que esse novo regime trouxe para

⁹⁴ Idem

o Ordenamento brasileiro, sendo visto como positivas ou negativas. Nessa questão, as restrições à publicidade do orçamento estimado merecem destaque. Pois, é evidente que a publicidade na Administração Pública é a regra e o sigilo a exceção. Sendo assim, não parece razoável que haja restrições à publicidade do orçamento, em razão de mera expectativa em impedir o conluio entre os licitantes, justificativa rejeitada pela doutrina.

Por todo o exposto, fica latente que, a conversão do RDC em lei está em desacordo com os mandamentos constitucionais, restando, assim, de maneira incontroversa, a violação aos preceitos no que tange à necessidade dos pressupostos constitucionais para edição da medida provisória, bem como, ao devido processo legislativo. Assim, num primeiro momento, tomando como base os apontamentos doutrinários feitos, bem como, o entendimento jurisprudencial sobre o tema, nota-se que a conversão da Medida Provisória 527/2011, a qual instituiu o RDC na Lei nº 12.462/2011 não está em harmonia com o texto constitucional.

Essa conclusão depreende-se de dois fatores: (i) o RDC não estava originalmente previsto na MP, sendo incluído no bojo do processo de conversão e (ii) apesar de ser possível a inclusão de matérias não previstas na medida provisória, deve-se respeitar a pertinência temática, o que não foi observado no presente caso, uma vez que a MP, originalmente, previa a organização da Presidência da República e dos Ministérios, criação de Secretaria, cargos e outros temas, nada relacionados ao RDC, configurando, assim, o chamado “contrabando legislativo”. Portanto, é evidente não haver pertinência lógica entre a emenda que incluiu o RDC e os temas tratados originalmente pela medida provisória.

Entretanto, como visto, o STF consolidou o entendimento no sentido de manter válidas todas as leis promulgadas até a data da publicação do acórdão do julgado da ADI 5127, o que ocorreu em 15/10/2015. Desse modo, tendo em vista que o RDC é anterior a esse acórdão, ele não perderia sua validade caso fosse declarado inconstitucional, com o fundamento da pertinência temática.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. AGU defende contratação diferenciada para obras da Copa e das Olimpíadas e contesta Ministério Público. **Estado de Minas**. 14 jun. 2011. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2011/06/14/interna_politica,234085/agu-defende-contratacao-diferenciada-para-obras-da-copa-e-das-olimpiadas-e-contesta-ministerio-publico.shtml>. Acesso em: 05 mai. 2019.

AGÊNCIA SENADO. RDC: Contratação integrada e remuneração variável provocam polêmicas. **Senado Notícias**. 06 jul. 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/07/06/rdc-contratacao-integrada-e-remuneracao-variavel-provocam-polemicas>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2ª ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 29-30.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. Medida Provisória nº 527, de 29 de junho de 2011. **Altera a Lei nº 10.683 e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99478>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas–RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003 [...]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. Lei nº12.527/2001, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações [...]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 06. jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645**. Relator: Min. Luiz Fux. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=A DI%2F4655>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655**. Relator: Min. Luiz Fux. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República, Congresso nacional. Brasília, 08 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=A DI%2F4655>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. O futuro do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Migalhas**. 18 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231658,21048-O+futuro+do+regime+diferenciado+de+contratacoes+publicas>>. Acesso em: 08. jun. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. atual. Bahia: JusPODIVM, 2017. p. 585.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 242.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº12.462/11; Decreto nº7.581/11)**: aspectos fundamentais. 3ª ed. ver., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CORRÊA, Cristina Bertocini; SILVA, Roberta Zumblick da. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e um novo panorama licitatório no Brasil. **Revista da Esmesc**. v.23, n.29, 2016. p. 315-341.

CORRALO, Giovani; CARDOSO, Bruna Lacerda. **A (in) constitucionalidade do Regime de Contratações Públicas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b63da8791907b960>>. Acesso em: 08. jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 452-453.

HEINEN, Juliano. **O Sistema de Registro de Preços no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11)**. In: AGU. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677995>>. Acesso em: 28. mai. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 302-303.

JR, Milton Pazzi. Rio é escolhido como cidade-sede da Olimpíada de 2016. **Estadão**. 02 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/geral,rio-e-escolhido-como-cidade-sede-da-olimpiada-de-2016,444804>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso De Direito Administrativo**. 4º ed. (e-book baseado na 12º ed. Impressa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação?: uma breve análise baseada na teoria dos leilões. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Ano 9, n. 35.

MARQUES TORRES, Victor Gustavo; PAULA, Núbia Elizabeth de. A inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas referentes à obras e serviços de engenharia. **Letras Jurídicas**. v.3, n.2, 2º semestre de 2015. p. 291-300.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 33-35.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. rev. atua. ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 39.

OSSE, José Sergio. Fifa oficializa escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014. **O Globo**. 30 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/esportes/fifa-oficializa-escolha-do-brasil-como-sede-da-copa-do-mundo-de-futebol-de-2014-4144006>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

PINHEIRO, Haroldo. Está na hora de uma Operação Lava a Lei de Licitações. **Estadão**. 08 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/esta-na-hora-de-uma-operacao-lava-a-lei-de-licitacoes/>>. 10 jun. 2018

RIGOLIN. RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, ano 10 n. 117.

ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 57, novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE57/IE57-Maria.pdf>>. Acesso em: 12. mai. 2019.