



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

IDYA MENDONÇA TUPINAMBÁ

ANÁLISE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA À LUZ
DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4655

FORTALEZA

2014

IDYA MENDONÇA TUPINAMBÁ

**ANÁLISE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA À LUZ
DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4655**

Dissertação apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito
Administrativo

Orientador: Professor William Paiva Marques
Júnior

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- T928a Tupinambá, Idya Mendonça.
 Análise do regime diferenciado de contratações públicas à luz da ação direta de
 inconstitucionalidade nº 4655 / Idya Mendonça Tupinambá. – 2014.
 60 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
 Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Direito Administrativo.
 Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Licitação pública - Brasil. 2. Contrato público - Brasil. 3. Administração pública - Brasil. I.
 Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em
 Direito. III. Título.

IDYA MENDONÇA TUPINAMBÁ

**ANÁLISE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA À LUZ
DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 4655**

Dissertação submetida à Coordenação de
Graduação em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção do grau em Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Administrativo.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Mestre Janaína Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Hastanya Maria Mendonça
Leite e Marcelo Domenech Tupinambá.

AGRADECIMENTOS

Aos meus avós, pela base forte com quem me permitiram crescer, valorizando a família e acreditando na realização dos meus sonhos. À minha avó Alice, nossa Polyana que tem um amor incondicional e que não mede esforços para ajudar às pessoas da comunidade em que fundou a REVARTE, exemplo de cuidado e caridade que nos incentiva a olhar ao próximo. À minha avó Helenita, que era também uma mãe para seus irmãos e transparecia um cuidado e amorosidade que minha mãe herdou. Ao meu avô Francisco, um dos maiores amigos que a vida me proporcionou, pessoa inteligentíssima que eu gostava de conversar acerca de qualquer assunto ou mesmo tranquilizar-me no seu silêncio, na sua simplicidade e amorosidade, inspiração constante na minha vida como exemplo de espiritualidade. Ao meu avô José Leite, homem trabalhador e modelo de determinação.

Aos meus pais, pela confiança em meio às adversidades e na concretização de um desejo em me formar na Universidade Federal do Ceará que ora se realiza, pelo exemplo de trabalho, amor, cuidado e carinho incessantes. À minha mãe-amiga Hastanya, modelo de mãe que pretendo alcançar um dia, pessoa muito batalhadora e forte, que possui inúmeras habilidades, proporcionando-nos um ninho que nos conforta como nenhum outro. Ao meu pai Marcelo, pelo seu companheirismo e dedicação difícil de se encontrar, pela sua grande inspiração de segurança que nos incentiva a manter os pés no chão e buscar sempre o aprimoramento do nosso espírito.

Aos meus irmãos, que são amigos e companheiros que a vida me agraciou, pelo amor, apoio, paciência e incentivo diários.

À minha tia Branca, pessoa incrível que tenho a honra de ser afilhada e que me motiva sempre, pelo carinho, conselhos, cuidado e paciência.

À toda minha família, alicerce e laço infinito que faz toda a vida ter sentido e me incentivam a buscar um futuro próspero para poder usufruir de momentos únicos que somente suas raízes lhe proporcionam.

Aos advogados Drauzio Barros Leal e Igor Bessa, bem como às procuradoras Edna Lima, Isabel Albuquerque, Micheline Bezerra e Maria José Jereissati, pessoas e advogados extraordinários, colegas que muito me inspiram, ensinam, confiam e incentivam para que eu busque me aperfeiçoar como indivíduo e profissional. Vocês foram cruciais para que eu tenha o sonho de ser advogada pública, são modelos que eu sempre irei levar na minha caminhada.

Aos meus amigos, especialmente a Anna Thamyres Nunes Maia e o Fernando Demétrio Pontes, presentes que a graduação me proporcionou e que são amigos verdadeiros e leais. Desejo comemorar nossas conquistas juntos.

Ao Matheus, presente que este ano ganhei e que tornou os momentos últimos da graduação de muitas batalhas bem mais fáceis de lidar, pela amizade, calma, incentivo e carinho de todos os dias.

Ao Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior, que, embora não tenha sido meu professor na graduação, tornou-se um amigo que admiro muito, pelo profissional e pessoa que é, oferecendo material e dicas valiosas para a vida acadêmica.

Aos professores participantes da banca examinadora Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco e Dr. Raul Carneiro Nepomuceno, sem dúvida uns dos melhores professores da Faculdade de Direito que tive, acessíveis e com o dom de lecionar, pelo exemplo, tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

“E outros obstáculos sobrevirão, até que o discípulo aprenda a dominar-se, a educar-se e a vencer serenamente, com as lições recebidas.”

- Emmanuel

RESUMO

A necessidade premente da criação de um procedimento licitatório célere, econômico e eficiente capaz de atender as obras de infraestrutura para realização da Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo de Futebol em 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como as obras e serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses eventos culminou na criação do Regime Diferenciado de Contratação Pública, tendo sido seu objeto alargado por diversas leis de modo a prever sua realização para as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (Lei nº 12.688, de 2012), para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei nº 12.475, de 2012) e do sistema público de ensino, bem como para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (Lei nº 12.980, de 2014). Dessa maneira, a importância e o elevado montante das obras dispostas para tal regime impõem discussão acerca dos institutos criados por ocasião do Regime de Contratação Pública e da sua legitimidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, mormente em virtude de a lei ser recente e repleta de inovações que atenuam sobremaneira o rigor procedimental disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe acerca das Licitações e Contratos. Nesse sentido, pretende-se delinear os argumentos de inconstitucionalidade proferidos por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655 de modo a questionar se os imperativos de celeridade e desburocratização resultam em um desrespeito ao devido processo licitatório, com entendimentos proferidos na atuação do Tribunal de Contas da União acerca do instituto.

Palavras-chave: Licitações Públicas. Regime Diferenciado de Contratação Pública. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.655.

ABSTRACT

The urgent need to create a bidding procedure quickly, economical and efficient capable of serving the infrastructure works to the realization of the 2013 Confederations Cup, FIFA's World Cup 2014 and 2016 Olympic and Paralympic Games, as well as public works e services to airports the capital cities of the members of the federation far apart right up 350 km (three hundred and fifty kilometres) of the host cities of these events has culminated on creation of the Differentiated Regime the Public Contracting, having been object increase by various laws in such a way to provide their realization for the actions of the Plan for Growth Acceleration – PAC (Law n° 12.688, of 2012), of the works and engineering services of Public Health System – SUS (Law n° 12.475, of 2012) and the Public Education System, as well for the works and engineering services for construction, expansion and reform of the penal establishments and socio-educational units of attendance (Law 12.980, of 2014). That way, the importance and hight amount works for the regime impose discussion about the institutes created by the Differentiated Regime the Public Contracting and its legitimacy in front of the brazilian legal order, especially in virtue of the law be recent and full of innovations which attenuate the procedural rigour introduced in Law n° 8.666/93 that deals with public bids and contracts. In this sense, intended to expose the arguments of unconstitutionality delivered on the Direct Unconstitutionality Action n° 4.655 in such a way to question whether the imperative grounds of urgency and debureaucratization results in a disrespect for the due bidding process, with the understandings of the Brazilian Federal Court of Auditor. The search will be bibliographic and documentary.

Keywords: Public Bids. Differentiated Regime the Public Contracting. Direct Unconstitutionality Action n° 4.655.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APO	Autoridade Pública Olímpica
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CF/88	Constituição Federal de 1988
CGCOPA	Comitê Gestor
CTLICON Contratos	Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e
GECOPA	Grupo Executivo
LNL	Lei Nacional de Licitações
MPV	Medida Provisória
PLV	Projeto de Lei de Conversão
RDC	Regime Diferenciado de Contratação Pública

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR.....	16
2.1. Administração Pública.....	16
2.2. Histórico da Licitação.....	18
2.3. Dever de Licitar.....	20
3. A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	23
3.1. Importância da Lei nº 8666/93 na normatização de parâmetros gerais que antecedem as contratações públicas.....	23
3.2. O princípio da eficiência e as reformas operadas no procedimento licitatório.....	25
3.2.1. Inversão de Fases do Procedimento Licitatório.....	26
3.2.2. Fase recursal única.....	27
4. INOVAÇÕES CRIADAS POR OCASIÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4655.....	29
4.1. Inconstitucionalidade Formal da Lei nº 12.462/11 – Ausência de Formação da Comissão Mista e Inclusão de Matéria Estranha à Medida Provisória Através de Emenda Parlamentar.....	32
4.2. Inconstitucionalidades Materiais do Regime Diferenciado de Contratação Públicas.....	37
4.2.1. Definição do Regime Jurídico a Cargo do Executivo.....	37
4.2.2. Contratação Integrada.....	41
4.2.3. Pré-qualificação permanente.....	47
4.2.4. Malferimento aos direitos fundamentais atinentes à preservação do meio ambiente e dos direitos culturais.....	50
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

O contexto de iminência da realização de grandes eventos internacionais a serem sediados no Brasil – Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo de Futebol em 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 – aliado à morosidade na realização das obras de infraestrutura exigidas pelos comitês organizadores imputada à má operacionalização do procedimento licitatório previsto na Lei nº 8666/93 e à necessária concretização do princípio da eficiência reconhecido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 resultaram na criação do Regime Diferenciado de Contratação Pública, popularmente chamado como RDC.

As Medidas Provisórias nº 488 e 489 disciplinaram o Regime de Contratação Pública para cumprir a demanda criada por ocasião do compromisso de realização dos eventos esportivos supracitados, perdendo, entretanto, eficácia por decurso do tempo e a inércia legislativa.

A Medida Provisória nº 527/2011, por sua vez, que possuía originalmente dezoito artigos, foi editada para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; matéria referente à criação da Secretaria de Aviação Civil, alteração da legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Portuária – INFRAERO, bem como autorizava a criação de cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e de controladores de tráfego aéreo.

Na tramitação dessa emenda na Câmara dos Deputados, o relator Deputado Federal José Guimarães reapresentou a matéria veiculada nas ineficazes Medidas Provisórias nº 488 e 489, acrescentando quarenta e sete artigos que tratavam especificamente do Regime Diferenciado de Contratação Pública, tendo sido aprovado o projeto de lei de conversão em 6 de junho de 2011, sem alterações materiais.

A Medida Provisória nº 527, então, foi convertida na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, conhecida como “Lei da Copa”, derogando parcialmente a Lei nº 8666/93, aplicada apenas subsidiariamente, bem como apresentando limitações objetiva, subjetiva, temporal e especial.

Objetiva a lei em comento a troca de experiências e tecnologias de modo a obter melhor relação entre custos e benefícios para o Poder Público; o tratamento isonômico entre os licitantes, a inovação tecnológica nas contratações e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Incorpora, ainda, a Lei nº 12.462/2011 valores constitucionais como a preservação do meio ambiente, proteção ao patrimônio público e promoção de acesso aos deficientes.¹

Além de normatizar alguns instrumentos modernos já previstos em outras leis, como a inversão de fases do pregão eletrônico, inovou substancialmente em outros aspectos, tais como a previsão de contratação integral e do orçamento sigiloso, o que gerou inúmeros questionamentos acerca de sua constitucionalidade, tendo sido propostas, inclusive, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a de Nº 4645, de iniciativa do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS; bem como a de Nº 4655, de propositura da Procuradoria Geral da República.

O instrumento pontual que garantiria celeridade nas contratações públicas para as obras dos eventos esportivos tem sido, entretanto, constantemente estendido para outras licitações de grande porte, tais como das obras e ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) através da Lei nº 12.688/12; das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Lei nº 12.745/2012 e das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo mediante a Lei nº 12.722/2012.

A magnitude do valor e importância das infraestruturas a serem licitadas a partir do Regime Diferenciado de Contratação Pública torna imperiosa a necessidade de estudo dos seus institutos e das experiências de sua aplicação, de modo que possa ser garantido o interesse público com os gastos adequados ao objeto licitado.

O presente trabalho tem por objetivo expor as inovações legais dispostas no novo regime à luz dos questionamentos acerca da sua constitucionalidade dispostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4655, bem como analisar se as regras dispostas são compatíveis com os regulamentos que dispõem acerca do devido procedimento licitatório.

A pesquisa será bibliográfica e documental. No que se refere à primeira, serão feitas consultas aos livros especializados e às produções acadêmicas sobre o assunto, tais

1 Art. 4º § 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;
IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
V- proteção ao patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e
VI – acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

como artigos (científicos e jornalísticos), teses e dissertações. Já relativamente à segunda, serão abordadas jurisprudências sobre o tema tratado, bem como serão feitas consultas à Constituição e às leis especiais que dispõem acerca de procedimentos licitatórios e de contratações públicas.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE LICITAR

A heterogeneidade da atividade administrativa implica na diversidade teórica sobre o assunto, devendo ser compreendido o conceito Administração Pública de forma satisfatória para que a concretização dos projetos políticos se aproxime do interesse público primário.

2.1 Administração Pública

O surgimento do Estado Legal, desencadeado pelo movimento liberalista que pleiteava o fim dos desmandos dos governantes, consignando a submissão do Estado à ordem jurídica, implicou na necessidade de organização dos poderes com fins à concretização dos projetos políticos dessa nova conjuntura. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 24) afirma ser o Direito Administrativo “um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebido a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder”.

A legitimidade dos cidadãos quanto aos projetos de governo resultou na diferenciação entre Administração Pública e soberano, de modo que esta passou a ser compreendida, nos dizeres de Norberto Bobbio (1998, p. 10), como “o conjunto de atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal.”

Delimitando um pouco mais o instituto, Norberto Bobbio (1998, p. 10) prossegue conceituando a Administração pública sob o ponto de vista da atividade, nos seguintes termos:

Do ponto de vista da atividade, portanto, a noção de atividade pública corresponde a uma gama bastante ampla de ações que se reportam à coletividade estatal, compreendendo, de um lado, as atividades de Governo, relacionada com os poderes de decisão e de comando, e as de auxílio imediato ao exercício do Governo mesmo e, de outra parte, os empreendimentos voltados para a consecução dos objetivos públicos, definidos por Leis e por atos de governo, seja através de normas jurídicas precisas, concernentes às atividades econômicas e sociais; seja por intermédio da intervenção no mundo real (trabalhos, serviços, etc.) ou de procedimentos técnicos materiais; ou, finalmente, por meio do controle da realização de tais finalidades (com exceção dos controles de caráter político e jurisdicional).

Esse conceito amplo se confunde com a função pública exercida por todos os poderes, denominada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.29), como “a atividade

exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.”

Sobre o interesse público, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 74):

A preocupação com o interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de se definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Tanto é assim que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos.

Acrescenta Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 60), ainda, sobre o interesse público, que ele “nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe na sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses”.

Sendo necessária a restrição do alcance de Administração Pública para melhor persecução desse interesse, deve ser apartada metodologicamente da confecção das leis, ditames abstratos que demandam aplicação por órgãos executivos. Nesse sentido, Bobbio (1998, p. 10):

Na variedade das atividades administrativas (abstraindo-se o exame daquelas de Governo, que merecem consideração à parte), dois atributos comuns devem ser destacados; em primeiro lugar, o fato de essas atividades serem dependentes ou subordinadas a outras (e controladas por essas), as quais determinam ou especificam os fins a atingir (atividades políticas ou soberanas e de Governo); em segundo lugar, o de serem executivas, no duplo sentido de que acatam uma escolha ou norma anterior, e de que dão continuidade à norma, intervindo para a consecução final de interesses e objetivos já fixados.

A natureza jurídica do instituto, encarado no ponto de vista de atividade administrativa, seria de múnus público, obrigação previamente disposta na lei e que resulta na proteção, conservação e no aprimoramento dos bens, serviços e interesses coletivos (MARINELA, 2011, p. 20).

A Administração Pública, assim, exercendo, nos termos de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 286), “atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público”, deve realizar contratações para materialização de obras e serviços, sendo a licitação procedimento através do qual seleciona-se a melhor proposta.

2.2. Histórico da Licitação

A palavra licitação, apesar de ser relacionada com os vocábulos lícito ou licitude, em virtude de sua raiz morfológica, origina-se da expressão latina “*licitationem*”, e dos verbos *liceri* ou *licitari*, que dizem respeito ao ato de arrematar, concorrer ou ofertar em leilão.

A origem desse instituto se confunde com a própria criação do Estado. Enrique Sayagués Laso (2005, p.09) afirma que os romanos alienavam os despojos de guerra através de um procedimento rudimentar semelhante a um pregão ou hasta pública:

Desde as primeiras épocas, os despojos obtidos na guerra eram vendidos publicamente aos melhores ofertantes. No lugar onde se verificava a venda, se plantava uma asta, arma de guerra e, por sua vez, insígnia real. Daí deriva o termo de subasta expressão que em muitos países se designa o procedimento licitatório. Mais tarde se generalizou o regime venda em hasta pública, devendo se submeter a essas condições, todas as vendas de bens fiscais. Assim estabelecia o Código de Justiniano.

Ainda no âmbito do Direito Romano, Fernandez de Velasco (1927, p. 53), nos seus estudos acerca da evolução da normatividade dos contratos públicos, informa que, a “*licitatio*” era condição necessária à adjudicação de obra pública, sendo conferida geralmente aquele que oferecesse o menor valor.

Após o final do império romano, quebrou-se a unicidade estatal, de modo que, durante a Idade Média, os Estados Medievais da Europa utilizavam um instituto curioso para se apregoar em público uma obra a ser realizada. Hely Lopes Meirelles (2007, p.29), orientando-se nos estudos de Francesco di Renzo (1969, p.80), afirma que a denominada “vela pregão” era um procedimento no qual as ofertas eram prolatadas pelos concorrentes durante o período em que ardia uma vela, adjudicando-se a menor proposta. O autor afirmava que “Reminiscência desse sistema medieval é a modalidade de licitação italiana denominada '*estinzione di candela vergine*', em que as ofertas são feitas verbalmente enquanto se acendem três velas, uma após a outra. Extinta a última sem nenhum lance, a licitação é declarada deserta.”

As Ordenações Filipinas do Reino de Portugal (1596) dispunham acerca da obrigatoriedade de licitação, através do pregão, inclusive com hipótese de dispensa de licitação por motivo de valor:

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço: porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançaram em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que há de se fazer preço e condições de contrato

A partir do Segundo Império, editou-se o Decreto nº 2.296, de 14 de maio de 1862, disciplinando as contratações de serviços do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, o qual delineia os traços apresentados atualmente na Lei Geral de Licitações e Contratos nº 8666/93, inclusive já manifestando a tendência ao exagero de detalhes na normatização relativa às licitações públicas, no entendimento de Sergio Resende de Barros (1999, p. 105-106).

O termo concorrência era utilizado inicialmente para apontar os procedimentos que tinham como finalidade a escolha da proposta mais adequada às finalidades da Administração Pública quanto o fornecimento de bens, obras e prestação de serviços.

Apenas com a edição da Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, a expressão licitação figura como processo seletivo de escolha, salientando-se a importância de requisitos técnicos, conforme a disposição do art. 5º: “Entre os proponentes julgados idôneos e admitidos à licitação, o vencedor será aquele que oferecer menor preço, salvo se a comissão julgadora, por razões técnicas, considerar outra proposta mais conveniente.” Assim, tornou-se termo generalizado nos demais regulamentos licitatórios (MOTTA, 2011, p. 2 e 4).

A Emenda Constitucional nº 15 adicionou à Constituição de 1946 questões atinentes à licitação, mesmo que referindo-se à vedação da concorrência em período eleitoral:

Art. 222. São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem qualquer direito para o beneficiário, os atos que no período compreendido entre noventa dias anteriores à data das eleições federais, estaduais e municipais e o término, respectivamente, do mandato do Presidente da República, do Governador de Estado e do Prefeito Municipal importem:

a) contratar obras ou adquirir equipamentos e máquinas, salvo mediante concorrência pública.

Apesar de ser instituto inerente à origem do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro não delimitava a competência legislativa para tal assunto de modo inequívoco, de modo que durante a vigência da Constituição de 1967 questionava-se se a licitação seria questão atinente ao direito financeiro, tendo o Estado competência supletiva em relação à normatização geral da União (art. 8º, XVII, c e § 2º); ou se tratar-se-ia de regulamentação administrativa de cada ente federativo.

A controvérsia surgiu com a Lei Federal nº 5.456, de 20-6-68, que determinou a aplicação, aos Estados e Municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº 200, de 25-2-67. E prosseguiu com a promulgação do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, que, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal, determinou, no artigo 85, que se aplicariam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as **normas gerais** nele estabelecidas.

Para os adeptos da primeira corrente, essas normas eram válidas; para os da segunda, elas eram inconstitucionais e feriam o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria. (DI PIETRO, 2014, p. 412)

A Constituição de 1988 resolveu a controvérsia², de modo que aos Estados e Municípios caberia exercer competência suplementar em matéria de licitações. A Emenda Constitucional nº 19/98 estabeleceu os contornos atuais do procedimento, de modo que a redação do art. 22, XXVII da Carta Magna dispõe que cabe à União legislar privativamente sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III”.

Além disso, elevou-se a licitação ao nível de princípio a ser observado pela Administração Pública³, procedimento vinculado no qual se impede a contratação do Poder Público movida por arbítrios ou interesses pessoais do administrador, com vistas também à garantia da isonomia, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 526):

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

Mesmo que na atualidade a licitação, como um procedimento seletivo de contratação preordenado na legislação com vistas à garantia do interesse público, tenha adquirido “*status*” constitucional, recaindo na normalidade da praxe da Administração Pública, o dever de licitar pode ser extraído implicitamente dos princípios constitucionais.

2.3. Dever de Licitar

A obrigatoriedade de licitar remonta ao próprio regime político republicano, a partir do qual se extrai a noção de legitimidade popular para que os governantes tomem as decisões políticas do Estado circunscritos na regulamentação vigente e gerenciem a execução dos atos da Administração em sentido amplo, respaldado na igualdade de todos perante a lei.

2 Art. 22, XXVII, CF – Compete à União, privativamente, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sobre seu controle.

3 Art. 37, XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Preleciona Adilson Abreu Dallari (2007, p.53-54): mesmo que a CF/88 não previsse a obrigatoriedade de licitação para a Administração Pública, esta encontrar-se-ia fundamentada na ideia de república (igualdade entre as pessoas) normatizada no art. 1º da Constituição Federal de 1988:

Por força da ideia de república, do princípio da isonomia e do princípio da impessoalidade, é forçoso extrair da Constituição um “princípio da licitação”. Em regra, todos os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação, porque a Administração Pública não pode nem privilegiar, nem prejudicar quem quer que seja, mas deve oferecer iguais oportunidades a todos de contratar com ela. Essa é a regra geral.

Wellington Pacheco Barros (2009, p. 134), por sua vez, relaciona o procedimento licitatório com as relações econômicas de troca na vida em sociedade:

O ato de licitar realizado pela Administração Pública imbrica-se com a ideia econômica que graça no viver em sociedade. Isto porque todos procuram a melhor proposta para seus interesses, quando estão negociando. Assim, não poderia ser diferente na Administração Pública. A diferença está em que a escolha da melhor proposta se realiza através de um processo administrativo chamado propriamente de licitação, cujos termos são expostos em edital, mas que vincula e obriga todas as partes nele envolvidas, inclusive as próprias cláusulas do contrato que será firmado.

A partir disso, em coerência com a delegação de um múnus público por ocasião de eleições indiretas, há uma instrumentalização na persecução do interesse público pelos representantes da coletividade, que devem pautar-se em critérios impessoais na praxe da Administração Pública, buscando a materialização da isonomia no acesso à competitividade do certame licitatório tendo em vista a seleção das melhores propostas para a concretização dos projetos políticos estatais.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.532) delimita as vertentes atinentes ao princípio da isonomia que resultam não somente no tratamento isonômico dos participantes da licitação, mas também a obediência ao princípio da ampla participação:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

Continua o autor a respeito do princípio da impessoalidade, que pode ser entendido como uma vertente da isonomia. (2010, p. 532):

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento

licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.

A indisponibilidade do interesse público limita o arbítrio do gestor na consecução do interesse público primário, não havendo ampla margem de liberdade na execução das decisões políticas dos representantes do povo, já que os procedimentos licitatórios devem ser motivados e vinculados à busca da melhor proposta para a implementação de determinado objeto contratual.

Toshio Mukai (2008, p.3), nesse sentido, leciona que o dever de licitar está amparado em três princípios fundantes do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a) o republicano, que rege toda a interpretação e aplicação dos princípios e normas vigentes e se encontra capitulado no art. 1º da Carta Magna; b) o princípio da igualdade dos administrados no que tange ao amplo acesso aos cargos públicos, como também a isonomia de condições para contratação com o Poder Público; e, c) a indisponibilidade do interesse público, a partir do qual a Administração Pública, através de seus agentes, deve buscar a contratação mais adequada e com maiores vantagens possíveis para execução de suas atividades materiais.

Dessa maneira, o dever de licitação é inerente à estruturação do Estado republicano como um ente federativo dotado de autonomia para perseguir o interesse público primário através da atividade administrativa e legitimado nas escolhas políticas dos cidadãos.

3. A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 531), estabelece que as normas gerais veiculam princípios, fundamentos, diretrizes a serem aplicados em todo o território nacional e que irão orientar a matéria objeto de sua normatividade, de modo que demandam regramento sucessivo para serem utilizadas a contento, tendo este que se adaptar ao seu conteúdo.

A promulgação da Lei nº 8666/93⁴ foi essencial para delimitar a principiologia aplicada nos procedimentos licitatórios, sendo caracterizada como de natureza híbrida por normatizar também específicas modalidades de licitação a serem observadas pela Administração Pública.

3.1. Importância na Lei nº 8666/93 na normatização de parâmetros gerais que antecedem as contratações públicas

A licitação, como um procedimento necessário à execução material das atividades estatais, deve se basear em critérios objetivos previamente normatizados em prol do interesse coletivo. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p.237) expressa essa necessidade:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escuros entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que regulamentava a licitação no âmbito federal, não era eficaz em disciplinar a “chaga aberta” que tinha se transformado as contratações públicas no Brasil, pois não estabelecia minúcias a respeito do procedimento, havendo a necessidade de se reformá-lo em prol da racionalização e celeridade (MOTTA, 2011, p.6).

4 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 lhe são correlatos.

Com a superveniência de uma nova ordem constitucional, a Lei nº 8666/93⁵ concretizou a regra a obrigatoriedade da licitação previsto no art. 37, XXI, da Carta Magna, que afirma que, salvo as ressalvas dispostas na lei “as obras, serviços, compras, e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”, bem como os ditames preconizados a partir do mandamento constitucional do art. 22, XXVII⁶, de modo a delimitar os princípios e regulamentos gerais a serem observados por todos os entes federativos na realização dos procedimentos licitatórios.

José Torres Pereira Júnior (1997, p.3), listou inovações necessárias trazidas por ocasião da Lei nº 8666/93, senão vejamos:

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

Muito obstante seja incontestável o avanço da Lei nº 8666/93 ao estabelecer requisitos objetivos para os projetos básicos e executivos de obras e serviços (Art. 7 a 12); qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira com vistas à escolha da melhor proposta (Art. 27 a 33) e a faculdade de impugnação do certame licitatório pelos participantes do certame e por qualquer cidadão (Art. 41), a falta da diligência dos administradores na aplicação da lei acabou por ocasionar a morosidade do procedimento. Flávio Amaral Garcia (2007, p. 49), nesse sentido, pondera que “o problema das licitações está menos na legislação e mais na sua aplicação.”

Marcos Juruena (2008, p. 560-561) lista alguns elementos que acabaram por resultar na necessidade de reforma do procedimento da Lei nº 8666/93 visando a uma maior celeridade na licitação:

Nesse contexto, impunha-se a apresentação de respostas às críticas quanto ao formato das licitações da Lei nº 8666/93, a saber, a generalidade, já que a mesma lei destinava tanto a compra de cliques quanto para a construção de uma usina nuclear; a

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

Parágrafo único Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

6 Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

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

burocracia, eis que a lei estava pensada para um rigoroso exame de documentos, cada vez mais complexos e detalhistas; instituiu-se um “campeonato de papelada” - vencia quem sabia melhor cumprir a burocracia; a morosidade, eis como visto o processo centrado na papelada e não nas propostas se tornava demasiado lento, sem o necessário proveito em termos de qualidade e preço; e a onerosidade tanto para a Administração como para o particular.

Aliado a esses fatores, a formalidade, em alguns casos, desnecessária da licitação com a previsão de inúmeras fases recursais e a coleta prévia dos documentos para análise da obediência aos parâmetros fixados no edital tornou o procedimento demasiadamente moroso.

3.2. O princípio da eficiência e as reformas operadas no procedimento licitatório

A burocracia e, conseqüentemente, morosidade da atividade administrativa, com um grande volume de gastos sem o respectivo ganho nos resultados pelos órgãos públicos demandava uma reforma da estrutura da Administração Pública, o que resultou na constitucionalização do princípio da eficiência a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, conceituado por Alexandre Santos de Aragão (2012, p.73) da seguinte forma:

A eficiência administrativa é o dever de escolha de melhores e menos custosos meios para a produção da maior satisfação para o maior número de cidadãos, mas dentro das possibilidades legalmente admissíveis e dentro das interpretações plausíveis que existem. (...) Não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores e conseqüências práticas da decisão a ser tomada, em vez de se focar apenas na subsunção formal às suas regras.

Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p.11 e 12) afirma a necessidade de adequação dos procedimentos licitatórios à eficiência:

A despeito de todas as limitações e obstáculos, podemos hoje perceber um nítido movimento em direção ao desburocratismo, à simplificação e à racionalização dos processos licitatórios-contratuais. (...) O desafio que ora se coloca ao legislador contemporâneo é conciliar o tratamento substancial dos direitos e valores essenciais, assegurados constitucionalmente, com o pragmatismo dos meios e fins. Isso talvez implique a aceitação dialética de certa “queima de etapas” no sentido de viabilizar com maior funcionalidade as metas e os resultados crescentemente exigidos.

As modalidades licitatórias criadas por ocasião da Lei nº 8666/93 não se mostravam satisfatórias no atendimento da diversidade de contratações realizadas pelo Poder Público, notadamente as licitações de menor valor, conforme dispõe José dos Santos Carvalho Filho (2014, p, 308):

As modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, em muitos casos, não conseguiram dar celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha dos futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais

rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Dessa maneira, criaram-se novos institutos visando à modernização do procedimento licitatório, tornando-o mais informal, simplificado e ágil. Tendo em vista a finalidade do presente trabalho, expor-se-á inovações operadas na licitação que foram adotadas no Regime Diferenciado de Contratação Pública.

3.2.1. Inversão de Fases do Procedimento Licitatório

O pregão, modalidade de licitação introduzida pela Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, criou disciplina inovadora complementar à Lei nº 8.666/93, para dar celeridade no procedimento de aquisição de bens e serviços comuns⁷.

Dentre elas, está a festejada inversão de etapas no procedimento disposta no art. 4º, XII da Lei nº 10520/02⁸, de modo que a análise dos documentos relativos à habilitação será realizada após a classificação, conforme doutrina José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 319):

A grande vantagem do sistema do pregão é que, diversamente do que ocorre na Lei nº 8666/93, só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor. Com isso, resta simplificado, sem qualquer dúvida, o procedimento de verificação desses documentos, sendo forçoso reconhecer que tal exame é trabalhoso e demorado se for feito em relação a todos os participantes da licitação.

O Regime de Contratação Pública disposto na Lei nº 12.462/11, por sua vez, no art. 12, dispõe a seguinte ordem de fases para o procedimento: a) preparatória; b) publicação do instrumento convocatório; c) apresentação de propostas ou lances; d) julgamento; e) habilitação; f) recursal; e g) encerramento.

Dessa maneira, a tônica do certame é a inversão de fases, prevendo o art. 12, parágrafo único da Lei nº 12.462/11⁹ que, de modo excepcional, desde que previsto no instrumento convocatório e mediante motivação, poderá ser utilizada a ordenação tradicional disposta na Lei nº 8.666/93.

⁷ Art. 1º, parágrafo único Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

⁸ Art. 4º, XXII – encerrada a fase competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital.

⁹ Art. 12, parágrafo único A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Sobre a inversão de fases apartada do que era usualmente entendido pela doutrina por ocasião do procedimento do Regime de Contratação Pública, Carlos Pinto Coelho Mota e Alécia Paolucci Nogueira (2012. p. 172) advertem:

A doutrina e a jurisprudência sempre definiram a “inversão de fases” com fulcro no modelo da Lei 8666/93, segundo o qual a habilitação dos licitantes vinha *antes* do julgamento das propostas. Assim, o “inverso” desse modelo seria proceder *primeiro* ao julgamento, depois à habilitação. Consta-se, todavia, que a Lei do RDC institucionalizou, *como procedimento* padrão, a habilitação pós-julgamento o art. 12. Tendo-o feito, passa a designar como *inversão de fases* o modelo tradicional de habilitação *prévia* ao julgamento [...]. Trata-se, como visto, de uma pequena complicação sem consequências, ficando o leitor avisado que, a partir do dispositivo em exame, a lei emprega a expressão *inversão de fases* em sentido contrário ao encontrado habitualmente na legislação, na jurisprudência e nos estudos sobre o tema (destaque do autor).

Ressalte-se que a utilização desregrada da inversão de fases é criticada pela doutrina, uma vez que pode comprometer a análise da capacidade e dos critérios de idoneidade do licitante, conforme atestado por Mônica Bandeira de Mello Lefèvre (2012, p. 212):

No modelo tradicional, a ordem de fases tem por objetivo evitar que o conhecimento dos termos da proposta faça com que a Administração seja mais tolerante no que diz respeito ao exame dos requisitos de habilitação. Partiu-se do pressuposto de que a prévia ciência acerca do conteúdo da oferta poderia acarretar a conivência da Administração quanto a eventuais incompletudes e defeitos na documentação apresentada pelo licitante. Por conta disso, restou definido que a fase de habilitação deveria ser anterior ao julgamento das propostas.

O ideal seria não estabelecer aprioristicamente a inversão de fases, devendo tal opção ser realizada a partir da análise do caso concreto.

3.2.2. Fase recursal única

A Lei nº 8666/93, em prol dos princípios do contraditório e da ampla defesa, prevê o direito ao recurso após cada decisão administrativa do procedimento licitatório, o que era combatido pela doutrina sob o argumento de que afetaria a celeridade do certame.

A Lei do Pregão nº 10.520/02 atendeu aos reclamos dos administrativistas, prevendo fase recursal única após a declaração do vencedor da licitação¹⁰.

¹⁰ Art. 4º, XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para a apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar as contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

No caso em que a impugnação é realizada em momento bastante posterior ao ato, entretanto, não há melhora significativa por ocasião da fase recursal única, por resultar na repetição de procedimentos em detrimento da celeridade defendida.

O Regime Diferenciado de Contratação Pública da Lei nº 12.462/11 prevê a fase recursal única no seu art. 27, que possui a seguinte redação:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único: Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Dessa maneira, apenas serão cabíveis recursos nos casos em que a habilitação ocorrer após o julgamento. Tendo a modalidade licitatória em questão alterado o conceito tradicional relativo à inversão de fases, como dito alhures, quando a modificação procedimental for utilizada, aplica-se a regulamentação recursal disposta na Lei nº 8.666/93.

4. INOVAÇÕES CRIADAS POR OCASIÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4655

O Regime Diferenciado de Contratação Pública, instituído pela Lei nº 12.462/11 e regulamentado pelo Decreto nº 7.581/11, visava atender a uma demanda contingencial de eficiência e celeridade das licitações do Estado direcionadas à infraestrutura para as cidades que sediarão eventos esportivos, conforme dispõe Maurício Zockun (2012, p.15):

É notório que a realização desses eventos demandará a construção de um plexo de obras capazes de permitir a prática de variadas atividades desportivas. Além disto, outras benfeitorias deverão ser edificadas, reparadas e ampliadas para o desenvolvimento de atividades inerentes e indissociáveis a esses eventos, tais como: (i) acomodação para os atletas e equipes de apoio; (ii) alocação da mídia nacional e internacional e respectivos equipamentos; (iii) prestação de serviços necessários ao desenvolvimento desses eventos; (iv) prestação de variada gama de serviços aos nacionais e estrangeiros que apreciarão, *in loco*, esses eventos, dentre outros. Afora isso, e como subproduto desses eventos, turistas de todos os quadrantes do mundo afluirão ao território nacional e aos locais de realização dessas competições. Isso demandará construção, ampliação e melhoria de portos, aeroportos, rodoviárias, sistema viário, transporte público, acomodação pública e privada, dentre outras.

Muito embora devesse o Regime Diferenciado de Contratação Pública ter vigência temporária, vem se consolidando como uma modalidade de licitação em caráter permanente, já que sucessivas alterações legislativas ampliaram o objeto de contratação do RDC, no entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ (2014, p. 491, 492).

¹¹ “Embora não haja norma expressa, a Lei nº 12.462/11 destina-se a ter vigência temporária, já que estabelece regime de contratação somente aplicável para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais. No entanto, o alcance da lei já vem sofrendo ampliações: a Lei nº 12.688, de 18-7-12, no artigo 28, alterou o art. 1º da Lei nº 12.462/11, para incluir entre as hipóteses de aplicação do RDC as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); e a Lei nº 12.722, de 3-10-12, veio também alterar o art. 1º da Lei nº 12.462/11, para determinar, no § 3º, que ‘além das hipóteses previstas no *caput*, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino’. A Medida Provisória nº 580, de 14-9-12, que se converteu na Lei nº 12.745, de 19-12-12, incluiu o inciso IV no artigo 1º da Lei nº 12.462/11, para estender o mesmo regime diferenciado de contratação aos contratos de obras e serviços de engenharia formado no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde. A Lei nº 12.783, de 24-10-13, autorizou a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) a utilizar o RDC nos contratos que especifica. E a Lei nº 12.815, de 5-6-13 (Lei dos Portos), estabeleceu algumas normas sobre licitação, mas, no artigo 66, previu aplicação subsidiária da Lei do RDC às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária. Com essas alterações, pode-se dizer que o RDC deixou de ter vigência temporária”.

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p.39), lecionam acerca da normatividade ampla do RDC tendo em vista a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos¹² a serem aplicadas a todos os entes federativos:

[...] premissa que deve orientar a hermenêutica de toda a Lei 12.462/2011: O RDC é regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem a natureza de norma geral e que, por isso mesmo, tem autonomia interpretativa – tanto em relação às licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos extraordinários (pregão, concessões comuns e parcerias público-privadas). Isto significa que não se deve ler a Lei 12.462/2011 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos)”

Trata-se, dessa maneira, de uma nova modalidade licitatória que afasta a aplicação da Lei Geral de Licitações e Contratos no que lhe for contrária, a não ser em hipóteses excepcionadas no regulamento do RDC¹³, de modo que estabelecem Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p.42) “que o RDC não revogou quaisquer disposições de leis anteriores referentes a licitações e contratações ordinárias (por isso nelas não incide), mas, sim, estabeleceu novo e especial regime, aplicado a um conjunto expressamente limitado de licitações e contratações públicas”.

Ao mesmo tempo que se trata de instrumento previsto na Constituição Federal de a União legislar acerca de normas gerais de licitações e contratos, apresenta em seu âmago especificidade por ser, também, um microssistema apartado para os contratos objetos de sua regulação, conforme sustentam Carlos Pinto Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho (2012, p.33):

O emergente paradoxo verbal deve ser bem compreendido e consentido: a Lei nº 12.462/11 é, a um só tempo, e sem contradição material: (i) norma geral de licitação, porque decorre de competência constitucional privativa da União; e (ii) lei especial de licitação, porque suas finalidades são parciais, restritas e cronologicamente limitadas.

A Lei nº 12.462/11, possuindo caráter híbrido como dito alhures, objetiva¹⁴ ampliar a flexibilidade, modernização, eficiência e competitividade nas contratações públicas, aliadas à redução dos custos do certame licitatório. Para garantir tais finalidades, elenca

12 Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

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

13 Art. 39 Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

14 Art. 1º, § 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.

princípios¹⁵ inovadores relacionados aos objetos de sua incidência, tais como a economicidade e o desenvolvimento nacional sustentável.

Conforme lecionam Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso (2012, p.32), a eficiência como um norte no RDC “parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de interesses coletivos qualificados pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis”.

A economicidade reside na aplicação da relação custo-benefício, estando inserida entre os caracteres sujeitos à fiscalização contábil, financeira e orçamentária pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 70 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2014, p. 494).

O art. 4º, § 1º da Lei nº 12.462/11 delimita amplamente os requisitos para a obediência do desenvolvimento nacional sustentável que também encontra guarida no art. 170, VI, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, senão vejamos:

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

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

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

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

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

IV – avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

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

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

Estabelecidas as diretrizes gerais previstas no Regime Diferenciado de Contratação Pública, passa-se à explanação dos institutos e questionamentos exarados na Ação Direta de Constitucionalidade nº 4655.

¹⁵ Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

4.1. Inconstitucionalidade Formal da Lei nº 12.462/11 – Ausência de Formação da Comissão Mista e Inclusão de Matéria Estranha à Medida Provisória Através de Emenda Parlamentar

A ausência de formação de Comissão Mista, nos moldes do art. 62, § 9º da Constituição Federal, para emitir parecer acerca da norma de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que tem como requisitos a relevância e a urgência, culmina na inconstitucionalidade formal da MPV nº 527/11, bem como a inserção no Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 2011 de questões estranhas às tratadas na medida provisória¹⁶ resulta no malferimento ao processo legislativo e ao princípio da separação dos Poderes, senão vejamos.

A Lei nº 12.462/11 originou-se da Medida Provisória nº 527, do ano de 2011, “cujos dezoito artigos originais limitavam-se a criar a Secretaria da Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal e a autorizar prorrogação de contratos temporários para o exercício de funções de tráfego aéreo” (REZENDE, 2011, p. 6).

Após três tentativas infrutíferas¹⁷, o Deputado Relator José Guimarães apresentou, na Câmara dos Deputados, um parecer de Plenário, concluindo pela apresentação de um Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 17, de 2011, introduzindo todo um capítulo composto

¹⁶ Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 926) define as medidas provisórias, como “atos normativos primários, sob condição resolutive, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o poder de editá-las. Ostentam nítida feição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante.

¹⁷ Renato de Monteiro Rezende (2011, p. 6-7) preleciona que “o Poder Executivo já tentara, por três vezes e sem sucesso, instituir normas especiais para licitações e contratos referentes à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A MPV nº 489, de 2010, previa regras de licitações e contratos aplicáveis especificamente às obras e serviços relativos aqueles eventos desportivos, mas perdeu a eficácia, por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo constitucional.

Também na tramitação da MPV nº 503, de 2010, foi apresentada emenda a seu texto que resgatava disposições da MPV nº 489, de 2010. Tal emenda foi rejeitada, não figurando seu conteúdo na Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, na qual se converteu a MPV nº 503, de 2010.

Durante a tramitação da MPV nº 521, de 2010, na Câmara dos Deputados, a Relatora da matéria em Plenário, Deputada Jandira Feghali, chegou a apresentar parecer que concluía pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 11, de 2011, constituído por 53 artigos, dos quais apenas os dois primeiros e os dois últimos tratavam da matéria originalmente constante da MPV. Todos os demais dispunham sobre o RDC.

Diante das resistências que surgiram em relação aos dispositivos do PLV referentes ao RDC, bem assim da proximidade do fim do prazo de vigência da MPV nº 521, de 2010, foi submetida e aprovada, no Plenário da Câmara, uma nova versão do PLV, da qual não mais constavam os dispositivos atinentes ao RDC. A MPV perdeu, porém, eficácia em 1º de junho de 2011, antes que houvesse deliberação do Plenário do Senado Federal sobre ela.

Somente na quarta tentativa, na tramitação da MPV nº 527, de 2011, o Poder Executivo logrou êxito em ver aprovado o RDC. Disso resultou uma lei casuística, constituída por 69 artigos, e que, em seu Capítulo I, permite seja afastada a aplicação da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aos certames necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

de 47 artigos com fins a normatizar o chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas para a realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, tendo sido aprovado o texto da Medida Provisória no Senado Federal na data de 6 de junho de 2011, sem alterações de mérito.

Renato Monteiro de Rezende (2011, p.6) afirma, sobre o processo legislativo da medida provisória em epígrafe, que, “como tem ocorrido invariavelmente no processo legislativo das medidas provisórias, não foi constituída a comissão mista prevista no art. 62, § 9º, da Constituição Federal¹⁸, para emitir parecer a respeito da MPV nº 527, de 2011.

Sobre a obrigatória apresentação de emendas parlamentares perante a Comissão Mista afirma Alexandre de Moraes (2011, p. 701) que “há a possibilidade de apresentação de emendas parlamentares nos 6 primeiros dias que se seguirem à publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, porém, sua apresentação obrigatoriamente deverá ocorrer perante a Comissão Mista”.

Paulo Gustavo Gonet Branco também leciona (2009, p.934) que a medida provisória deve ser submetida a exame e parecer de uma Comissão Mista de deputados e senadores, consoante o art. 62, § 9º da Constituição Federal.

O processo legislativo em comento, dessa maneira, descumpriu requisitos constitucionais atinentes à indispensável formação da Comissão Mista e sujeição da emenda parlamentar à sua apreciação, o que implica na ausência de legitimidade tendo em vista a necessidade de ampla discussão acerca da potencial lei *stricto sensu*.

O Supremo Tribunal Federal, através de Acórdão da Relatoria do Min. Luiz Fux¹⁹, já se manifestou pela inconstitucionalidade do art. 6º da Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional que permite a emissão de parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4029/DF, *in verbis*:

4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que **o parecer desse colegiado**

¹⁸ 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.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

A Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional, que “dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal”, estabelece que até 48 horas da publicação no Diário Oficial da União de Medida Provisória, a Presidência do Congresso Nacional publicará e distribuirá avulsos da matéria e designará Comissão Mista visando à elaboração de parecer sobre ela.

¹⁹ (STF – ADI: 4029 AM, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012)

representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que **'O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias'**. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: **com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'**. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. **Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte.** (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes. (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285) (grifou-se)

Nesse sentido, apesar de não arguido em sede da ADI nº 4655, a Lei nº 12.462/11 padece de inconstitucionalidade em face do processo legislativo que a originou, tendo em vista que não se cumpriu a exigência constitucional, referida no art. 62, §9º da Magna Carta, de formação de Comissão Mista para manifestar-se, através de parecer, sobre a MPV nº 527, de 2011.

Ademais, a jurisprudência²⁰ e a doutrina majoritárias defendem que as emendas parlamentares atinentes ao projeto de iniciativa exclusiva devem ter afinidade lógica – pertinência temática – com a matéria veiculada originariamente²¹, sob pena de mácula ao devido processo legislativo. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2011, p.701) leciona que “exige-se, para a apresentação de emenda parlamentar, a observância de *pertinência temática*, ou seja, são vedadas emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”.

O Ministério Público Federal, na ADI nº 4655, preleciona que o respeito à pertinência temática na confecção de emendas parlamentares nos processos legislativos de iniciativa exclusiva é um elemento que respeita o princípio da separação dos poderes:

Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via.

A Ministra Relatora do Recurso Extraordinário RE 63244 DF²², Rosa Weber, muito embora tenha entendido que não havia no caso submetido à sua apreciação invasão da competência do Chefe do Poder Executivo gaúcho na emenda parlamentar realizada no

20 TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO – INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, “IN FINE”) – OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES – AUMENTO DA DESPESA ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO DA PROPOSTA LEGISLATIVA ORIGINAL, MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS CONSTANTES DO PROJETO ORIGINAL – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO “PERICULUM IN MORA” – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – O poder de emendar projetos de lei – que se reveste de natureza eminentemente constitucional – qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 – RTJ 37/113 – RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa (ADI 865/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), desde que – respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República – as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º da Carta Política. Doutrina. Jurisprudência. – Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma legislativo estadual impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata.

(STF - ADI-MC: 1050 SC, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/09/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-02 PP-00235 RTJ VOL-00191-02 PP 00412)

21 A Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional dispõe, no seu art. 4º, § 1º, ser “vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória”.

22 (STF – RE: 632400 DR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 12/11/2013, Data de Publicação: DJE – 228 DIVULG 19/11/2013 PUBLIC 20/11/2013)

processo legislativo que culminou na Lei nº 11.639/11, de iniciativa do Governador do Estado, traz noções no que tange ao assunto em questão:

2. A intenção do legislador constituinte de reservar determinada matéria à iniciativa exclusiva de específico órgão ou Poder, tem o escopo de conferir ao seu titular a oportunidade e a conveniência de deflagrar o processo legislativo, não significando que o projeto de lei encaminhado pelo detentor da iniciativa reservada seja insuscetível de emenda parlamentar, pois, se assim concebido, o Poder Legislativo atuaria como um mero chancelador das proposições normativas alheias. 3. A atividade legiferante, própria do Poder Legislativo, confere ao parlamentar a prerrogativa de emendar todo e qualquer projeto de lei, mas o exercício desse poder de emenda sofre duas limitações, de extração constitucional, nas proposições que veiculem matéria de iniciativa reservada a outro Poder, caso em que as emendas parlamentares não podem implicar aumento de despesa pública e devem guardar pertinência temática com a matéria versada no projeto de lei. **4. As emendas parlamentares, promovidas em proposição de iniciativa exclusiva de outro órgão ou Poder, não podem alterar substancialmente o projeto de lei originário, sob pena de usurpação dessa deflagração reservada.** 5. Uma alteração substancial implica uma modificação na essência do objeto da proposição, desnaturando-o significativamente, com a incorporação no texto original de disciplina não desejada, naquele momento, pelo detentor da iniciativa reservada. (Grifou-se)

Denota-se, assim, que a emenda promovida na medida provisória sem respeitar a pertinência temática da proposição original resulta no comprometimento da lei de conversão²³, conforme estabelece Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.937):

Havendo a confirmação da medida provisória, o STF entende especiosa a distinção entre lei de conversão e a própria medida provisória. Se assim é, não parece que se possa dar a lei de conversão como impermeável aos vícios da medida provisória. Afinal, aquela é a ratificação desta. Ademais, a lei é editada porque o Congresso foi provocado a legislar, ao ser editada a medida provisória. A medida provisória foi o fato deflagrador do processo legislativo da lei que a ratificou. Se o processo legislativo está maculado, na sua origem, por ter sido provocado por um ato que Constituição tem como inválido, não parece ser possível dissociar a lei daí resultante do grave vício ocorrido no seu nascedouro.

A gravidade do vício analisado é considerável, pois resulta na usurpação da iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo na análise da conveniência e oportunidade de suscitar o processo legislativo da medida provisória, de modo que nem mesmo a sanção do Presidente da República o convalida, como entende o Supremo Tribunal Federal²⁴:

AÇÃO 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,

²³ ADI MC 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22-8-2008, e na ADI MC 4.049, Rel. Min. Carlos Britto, com julgamento na data de 5-11-08, estabeleceu-se que “a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória”.

²⁴ (STF – ADI: 2867 ES, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/12/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-02-2007 PP-00016 EMENT VOL-02263-01 PP-00067)

41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO 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, 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (Grifou-se)
(STF - ADI: 2113 MG, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-01 PP-00130)

A ausência de formação de Constituição Mista para emitir parecer e apreciar as inserções promovidas na Medida Provisória nº 527/11, bem como a feitura de emendas parlamentares sem pertinência com a propositura original do instrumento normativo em análise implicam na inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/11.

4.2. Inconstitucionalidades Materiais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4655 questiona vícios materiais atinentes ao Regime Diferenciado de Contratação Pública, quais sejam: a definição do regime jurídico a cargo do Executivo; a contratação integrada; a pré-qualificação permanente e aplicação de medidas mitigadoras para o dano ambiental dispensando a exigência do licenciamento.

Passa-se, então, a conceituar as especificidades alhures, delineando as inconstitucionalidades arguidas por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4655.

4.2.1. Definição do Regime Jurídico a Cargo do Executivo

O Regime Diferenciado de Contratação Pública da Lei nº 12.462/11, no seu art. 1º²⁵, prevê a criação de órgãos do Poder Executivo para delimitar os objetos a serem licitados

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

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

II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir,

e contratados para os eventos esportivos, de modo que resulta infração ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e da eficiência administrativa, senão vejamos:

As obras e os serviços a serem implementados para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 serão definidos pela Autoridade Pública Olímpica (APO)²⁶, estando dispostos no documento Carteira de Jogos Olímpicos²⁷.

O art. 65 da Lei nº 12.462/11, por sua vez, ressalta a possibilidade de que o RDC seja instrumento utilizado pelo administrador público nos casos que entender necessários para licitações e contratos impostos pelo Comitê Olímpico e Paraolímpico Internacional mesmo antes da criação da Carteira de Jogos Olímpicos²⁸.

No caso da Copa do Mundo FIFA 2014 e da Copa das Confederações FIFA 2013, à matriz de responsabilidades, criada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios coube efetuar a delimitação das obras públicas e a divisão de competência a serem realizadas pelos entes federativos através do RDC, definidos outros objetos a serem licitados por meio do Grupo Executivo (GECOPA)²⁹ que, por sua vez, integra o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA)³⁰.

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

26 A APO é um consórcio público, sob a forma de autarquia em regime especial, da qual são integrantes a União, o Município e o Estado do Rio de Janeiro, consoante o art. 1º da Lei nº 12.396/11, e art. 2º do Protocolo de Intenções constante do anexo da mesma Lei.

27 O art. 3º, VII do Protocolo de Intenções constante do anexo da Lei nº 12.396/11 denomina a Carteira de Projetos Olímpicos como o conjunto de obras e serviços selecionados pela Autoridade Pública Olímpica como essenciais à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

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

29 Decreto de 14 de janeiro de 2010, Art. 3º Fica instituído o Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014- GECOPA, vinculado ao CGCOPA, com as seguintes atribuições:

I – instituir o Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014;

II – estabelecer metas e monitorar os resultados de implementação e execução do Plano a que se refere o inciso I;

III – discriminar as ações do Orçamento Geral da União vinculadas às atividades governamentais relacionadas à Copa do Mundo FIFA 2014;

IV – coordenar e aprovar as atividades governamentais referentes à Copa do Mundo FIFA 2014 desenvolvidas por órgãos e entidades da administração federal direta e indireta ou financiadas com recursos da União, inclusive mediante patrocínio, incentivos fiscais, subsídios, subvenções e operações de crédito; e

V – acompanhar a execução das atividades de que trata o inciso IV.

Parágrafo único As atividades governamentais referentes à Copa do Mundo FIFA 2014 abrangem todas as medidas necessárias à preparação e à realização das competições e eventos correlatos, inclusive as concernentes à Copa das Confederações FIFA de 2013.

30 Art. 1º Fica instituído o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 – CGCOPA, cuja atribuição é estabelecer as diretrizes do Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do

Dessa maneira, percebe-se que há uma delegação legislativa para a Autoridade Pública Olímpica e para o Grupo Executivo dispor com ampla liberdade sobre os objetos que devem ser licitados para a realização dos eventos supracitados, o que resulta na infração ao art. 37, XXI da Constituição Federal³¹, que prevê a obrigatoriedade de a licitação ser realizada com base em critérios previamente dispostos na lei.

Hely Lopes Meirelles (2007, p. 30) comentando acerca do procedimento formal da licitação afirma que ela está “vinculada às prescrições legais a que regem em todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as exigências(...)”.

Uma vez que os agentes públicos devem pautar-se na legalidade, a norma não pode autorizar discricionariedade ampla ao Executivo para a escolha dos objetos a serem licitados, devendo estabelecer parâmetros precisos para aferi-los, sob pena de malferimento ao princípio da segurança jurídica e desvirtuamento do procedimento licitatório que visa coibir o arbítrio do administrador, conforme preleciona Carlos Medeira Silva no “Parecer” *in* RDA 79/465, senão vejamos:

A finalidade da concorrência pública (licitação) é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas, a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público.

A previsão em comento, então, resulta na mácula aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, definidos por Toshio Mukai (2008, p. 31), *in verbis*:

Como se sabe, o princípio da legalidade, em direito público, impõe que o administrador público, ao pretender fazer algo, disponha de norma habilitante para tal (ele atua sobre a lei; aplica a lei de ofício, como dizia o saudoso Ministro Seabra Fagundes); o princípio da impessoalidade, na verdade, é o princípio da finalidade administrativa, corolário essencial do princípio anterior (Caio Tácito), que impõe ao administrador que, na prática do ato segundo a norma habilitante para tal, alcance a finalidade prevista por aquela; se obtiver outro resultado, praticará desvio de finalidade, fato que levará o ato à sua anulação judicial; o princípio da moralidade administrativa obriga a que, em todos os atos que praticar, o agente público deva agir como um bom administrador, ou seja, na prática do ato, deve ele perquirir se tal

Mundo FIFA 2014, bem como supervisionar os trabalhos do grupo executivo de que trata o art. 3º.

Parágrafo único O Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 é constituído por um conjunto de atividades governamentais voltado ao planejamento e à execução das ações necessárias ao desenvolvimento do referido evento no Brasil.

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

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

ato seria ou não praticado, normalmente, por um bom administrador; se concluir que sim, pode e deve praticá-lo; se concluir o contrário, não deve praticá-lo, sob pena de infração ao princípio.

Renato Monteiro de Rezende (2011, p.22) observa que “o Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal produziu uma nota técnica sobre o PLV nº 11³², de 2011, a qual, ao discorrer sobre o seu art. 3º (que corresponde ao 1º da Lei nº 12.462, de 2011), concluiu ser o dispositivo inconstitucional(...)”:

A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos “necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014” é uma cláusula intoleravelmente aberta, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevadíssimo subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.

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

Conforme disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4655, a previsão em comento foi desastrosa³³ quando da realização dos Jogos Panamericanos de 2007, sendo ineficiente por não haver consenso entre a União, Estado e Município do Rio de Janeiro quanto às obras e serviços a serem realizados, o que resultou no aumento do orçamento de 300 milhões de reais para 3 bilhões de reais³⁴.

32 Conforme dito alhures, o PLV nº 11, de 2011, foi uma das tentativas infrutíferas de incluir regras semelhantes às reguladas no Regime Diferenciado de Contratações da Lei nº 12.462/11 no ordenamento jurídico brasileiro através da MPV nº 521, de 2010.

33 Os Acórdãos 876/2007- Plenário de 16/5/2007 e 2101/2008-Plenário de 24/9/2008 do Tribunal de Contas da União demonstram as irregularidades ocorridas no Panamericano de 2007.

34 Processo TC 014.075/2009 – Acórdão nº 2101/2008-Plenário de 24/9/2009:

18. Esse acórdão resultou da apreciação do relatório final de acompanhamento da execução do Programa “Rumo ao Pan 2007”

(...)

21. Em decorrência especialmente da falta de planejamento e definição tardia da matriz de responsabilidades, houve evolução da estimativa da despesa ao longo do tempo, bem como a participação cada vez mais substancial da União. Ao final, as Unidades Técnicas do Tribunal estimaram o custo dos jogos em cerca de 3,3 bilhões de reais aos cofres públicos. A participação da União aumentou cerca de 50%, sendo que, do valor global gasto por esse ente, mais de 70% foram aplicados no primeiro semestre de 2007, em razão de convênios, licitações e contratações de última hora, resultantes da falta de planejamento.

(...)

35 Com base no acima disposto, e com fundamentação nos dispositivos adiante mencionados, Decido:

I – determinar, com base no artigo 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, combinado com o artigo 250, inciso II, do Regimento Interno, preliminarmente ao Ministério do Esporte, na condição de coordenador do Comitê Gestor para a Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA 2014), que, no prazo de 30 (trinta) dias:

a) defina e envie a este Tribunal, por meio da Secretaria Geral de Controle Externo, cronograma com descrição das áreas a serem ainda incluídas na matriz de responsabilidades, a exemplo de hotelaria, segurança e

Dispõe, também, o Ministério Público Federal acerca da falta de atualização da matriz de responsabilidade para a realização da Copa do Mundo FIFA de 2014, tendo o Tribunal de Contas da União, na data de 23 de novembro de 2010, no processo TC 023.921/2010-9, por meio do despacho do Ministro Valmir Campelo, alertado a União quanto a essa questão; e, como ente federativo manteve-se inerte, em junho de 2011, o Tribunal deliberou, por meio do Acórdão 159211-Plenário:

- 9.3. - alertar a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios do Esporte, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) sobre:
- 9.3.1. a ausência de definição, até o momento, de qual seria o conjunto de obras consideradas essenciais à realização da Copa do Mundo de 2014, para as quais não se aplicam os limites de autorização de financiamentos a Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme exceção prevista no art. 7º, § 3º, inciso IV, da Resolução do Senado Federal nº 43/2001, com redação dada pela Resolução nº 45/2010;
- 9.3.2. a necessidade de estabelecer critérios objetivos para identificar quais obras devem ser consideradas como obras da Copa do Mundo de 2014, recomendando-se que esse critério esteja diretamente relacionado à previsão dessas obras na matriz de responsabilidades.

A experiência demonstrou o superfaturamento das obras a serem realizadas para a Copa do Mundo FIFA 2014³⁵.

4.2.2. Contratação Integrada

Outro ponto que merece análise quanto a sua constitucionalidade é a previsão de contratação integrada³⁶ na Lei nº 12.462/11, preferencialmente para obras e serviços de

telecomunicações;

b) fixe prazo certo para a assinatura da matriz de responsabilidades completa, com a relação de todas as intervenções essenciais para atendimento integral das garantias ofertadas à FIFA e para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014, com as respectivas indicações dos entes responsáveis e dos valores envolvidos, nos termos do Acórdão nº 2.1010/2008-TCU Plenário e da Instrução Normativa TCU nº 62/2010.

35 Concluiu-se que os valores inicialmente previstos seriam elevados 14, 7%, o que corresponde ao valor de R\$3,5 bilhões de reais, em virtude, principalmente, do acréscimo de R\$1,78 bilhão nas obras dos aeroportos; R\$1,13 bilhão para os estádios e de R\$158 milhões nos valores dos portos, de modo que a estimativa alçada naquele momento passou a ser de R\$27,3 bilhões; (Processo TC 014.075/2009 – Acórdão nº 2101/2008-Plenário de 24/9/2009)

36 Art. 2º (...)

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

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

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

V – contratação integrada.

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

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 justificado.

engenharia, que consiste na realização de uma única licitação para o projeto básico, executivo e consequente materialização de obras e serviços, de modo a violar o art. 37, XXI da Constituição Federal.

Conforme lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas (2011, p.11), o Regime Diferenciado de Contratação Pública aderiu ao que a doutrina estrangeira denomina “*turn key*” ou *EPC (Engineering, Procurement and Construction)*, assemelhando-se ao regime de empreitada integral disposto na Lei nº 8666/93, a partir do qual o contratado tem a incumbência de realizar o projeto executivo e entregar a obra em condições de pleno funcionamento, porém não dispensando a confecção prévia do projeto básico³⁷.

A intenção do legislador ao prever tal modalidade de contratação foi promover celeridade ao procedimento licitatório, uma vez que se eliminou a necessidade de realizar licitações para a consecução dos projetos básico e executivo separadamente, sendo apenas devida a feitura, pela Administração, do anteprojeto de engenharia³⁸, documento técnico menos complexo; bem como transferir os riscos da execução das obras de engenharia para o particular contratado.

Sobre o anteprojeto de engenharia, Cláudio Sarian Altounian (2008, p.85-86) preleciona:

Em caso de obras de maior porte, após a conclusão dos estudos preliminares, é necessário o desenvolvimento de anteprojeto para a elaboração e representação técnica da solução aprovada; a definição dos principais componentes arquitetônicos e estruturais da obra; o estabelecimento das instalações em geral; e a definição do custo médio. Esta fase possibilita o melhor conhecimento do empreendimento, o

§ 1º **A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto**, respeitadas as condições de solidez, segurança, durabilidade, qualidade, prazo de entrega e preço especificados no instrumento convocatório.

37 Art. 6º - Para os fins dessa lei, considera-se:

VII – execução indireta – a que o órgão contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

38 Art. 9º (...)

§ 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 do serviço, incluindo:

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

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

c) a estética do projeto arquitetônico; e

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

aprimoramento dos valores dos investimentos, bem assim a definição de diretrizes para a contratação do projeto básico. Contudo, ainda faltam diversos requisitos para a perfeita caracterização da obra em virtude da ausência de estudos que só serão conduzidos nas próximas fases.

Maurício Portugal Ribeiro *et ali* (2012. p.35) afirma que as leis de concessão de serviços públicos precedida de obras públicas e de Parcerias Público-Privadas foram os primeiros instrumentos legais que flexibilizaram os requisitos técnicos para a consecução de seus objetos, sendo, porém, compreensível do ponto de vista teórico em virtude da sistemática de amortização dos investimentos pelo concessionário/parceiro público-privado:

A exigência de estudos menos detalhados que nas obras públicas tradicionais para início da licitação no caso das concessões comuns e PPPs e a possibilidade de participação do autor ou responsável econômico dos estudos na licitação para implantação do projeto, decorrem da diferença lógica econômica entre o contrato de obra pública tradicional e a concessão comum, patrocinada ou administrativa.

A contratação integrada adentrou o ordenamento jurídico pátrio inicialmente por advento do Decreto 2.745/98, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A - PETROBRAS³⁹.

Essa modalidade de contratação resulta no malferimento à isonomia entre os concorrentes, uma vez que o projeto básico⁴⁰, previsto na Lei nº 8666/93, elenca todo um detalhamento da obra e do serviço, inclusive dispondo acerca do orçamento necessário para a consecução do objeto a ser contratado e que deve ser conhecido pelos licitantes, até mesmo para que possam oferecer suas propostas, de modo que o art. 7º, § 2º dessa Lei somente permite a abertura de licitação para obras e serviços quando “houver projeto básico aprovado

39 1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo a 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 a segurança especificadas.

40 Art. 6º Para os fins dessa lei, considera-se

IX – Projeto básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou o serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, **e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução**, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer a visão global da obra e identificar todos os elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para a montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativo de serviços e fornecimento propriamente avaliados.

pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”.

Cláudio Sarian Altounian (2008, p.93) comentando acerca do projeto básico, afirma que “sem dúvida alguma, é o quesito mais importante de um processo licitatório. A ausência de projeto básico bem elaborado é certeza de sérios problemas futuros.

Marçal Justen Filho (2008, p. 152), dessa forma, preleciona acerca do prejuízo advindo da possibilidade de um concorrente apenas monopolizar a confecção dos projetos básico, executivo, bem como a execução da obra:

O projeto delinea os contornos da obra ou do serviço, que serão licitados posteriormente. Logo, o autor do projeto teria condições de visualizar, de antemão, os possíveis concorrentes. Poderia ser tentado a excluir ou dificultar o livre acesso de potenciais interessados. Isso se faria através de configuração do projeto que impusesse características apenas executáveis por uma específica pessoa. Ou, quando menos, poderiam ser estabelecidas certas condições que beneficiassem o autor do projeto (ainda que não excluíssem de modo absoluto terceiros)

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União vem exigindo a elaboração do projeto básico e de relatório com orçamento detalhado previamente à licitação para a realização de obras do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, senão vejamos:

ACÓRDÃO N.º 2094/2009 – TCU – PLENÁRIO. Processo nº TC 006.588/2009-8: 9.3. Determinar à Petróleo Brasileiro S.A. - MME, que: 3.3. mesmo em contratações do tipo '*turn key*', passe a elaborar previamente à abertura do certame licitatório o projeto básico e o seu respectivo orçamento detalhado; Ata nº 36/2009 – Plenário. Data da Sessão: 9/9/2009 – Ordinária.

Hely Lopes Meirelles (2007, p.51), interpretando a Lei Geral de Licitações e Contratos nº 8666/93, entende “que a exigência de projeto básico refere-se fundamentalmente a obras e serviços de engenharia” e que “o mesmo se pode dizer em relação ao projeto executivo”, sendo, pois, indispensáveis tais exigências:

A definição do objeto é, pois, condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação. É assim porque sem ela torna-se inviável a formulação de ofertas, bem como seu julgamento, e irrealizável o contrato subsequente. Entenda-se, entretanto, que para os *objetos padronizados* ou *normatizados* basta sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras. Nos demais casos haverá sempre necessidade do projeto básico da obra ou do serviço posto em licitação, quando exigível, assim como da especificação detalhada do bem a ser alienado, adquirido ou alugado, ou do serviço a ser concedido.

Ainda sobre a indispensável exigência do projeto executivo, Adilson Abreu Dallari (2007, 109-110) afirma que “a exigência de apenas um projeto básico tem servido para, após a contratação, revelar a inviabilidade da execução do contrato, e, assim, justificar alterações que normalmente multiplicam o valor contratado.

Uma vez que a realidade prática demonstra o encarecimento das obras pela dilatação do objeto contratado quando da dispensa do projeto executivo, mais grave a necessidade de fixação dos elementos constitutivos da obra através do projeto básico⁴¹.

O art. 9º, especialmente o § 2º, inciso II⁴² da Lei nº 12.462/11, dispõe que a licitação será realizada com base em uma estimativa resultante de um orçamento sintético ou expedito, maculando sobremaneira a legalidade do procedimento licitatório, que deve ser realizado quando da fixação do objeto a ser contratado.

Renato Monteiro de Rezende (2011, p.46) afirma que o instituto em comento apresenta irregularidades sobre o ponto de vista formal e material. Quanto à primeira ilegalidade, afirma que a contratação integrada contraria as disposições constantes no art. 7º, § 2º, incisos I e II, segundo o qual “as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do procedimento licitatório, e existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”; bem como do art. 40, § 2º, incisos I e II, que dispõe que “constituem anexo do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos”. Quanto à ofensa ao direito material, continua o autor:

Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do RDC, pode conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público. Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.

Assim, conforme disposto da ADI Nº 4655, é imprescindível, para se delimitar as exigências de qualificação técnica e econômica, a prévia elaboração do projeto básico, sob

41 No Acórdão nº 77/02 do Tribunal de Contas da União, o Ministro Relator Adylson Motta afirmou que a recorrente má qualidade do projeto básico nas contratações públicas resulta em considerável prejuízo ao erário: “Creio que se possa, nesse ponto, repetir o que tenho, insistentemente, afirmado acerca do aodamento com que são feitos os projetos de engenharia para a grande maioria de obras realizadas pelo poder público em nosso País, independentemente da esfera governamental em que se encontrem tais obras. O Projeto Básico, que deve ser encarado como elemento fundamental para a realização de qualquer licitação, deve, também, ser considerado o pilar de todo empreendimento, público ou privado, mas que tem sido constantemente mal-elaborado, quando há envolvimento de recursos públicos, em quaisquer das esferas administrativas, sem a atenção mínima necessária quando da sua confecção, o que é lamentável por se tornar fontes de desvios e toda sorte de irregularidades que se tem notícia no Brasil”.

42 Art. 9º (...)

§ 2º No caso da contratação integrada:

II – o valor estimado da contratação integrada 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.

pena de serem subavaliadas, impertinentes ou exageradas, consubstanciando, em última instância, prejuízo à regra que busca a seleção da melhor proposta para a Administração Pública.

Ademais, como afirmado “*supra*”, outra finalidade da contratação integrada consiste na transferência de responsabilidade ao particular pelos defeitos existentes no projeto básico, sob a alegação de maior economicidade e agilidade na contratação pública.

A sistemática por resultados que justifica a minoração dos requisitos técnicos mostra-se satisfatória quando o particular que realiza as obras públicas se responsabiliza pela operação e manutenção dos serviços públicos por um longo período, conforme regulam a concessão administrativa e a parceria público-privada, pois, nesse caso, ele não tem interesse em diminuir seus lucros a partir do barateamento da obra.

Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Júnior (2012, p.41), dessa maneira, dispõem que o instituto em comento resulta em um “incentivo” para que o contratado barateie os insumos a partir da compra de matéria-prima de baixa qualidade e utilização de técnicas e métodos obsoletos, de modo a buscar o superfaturamento.

É grave a adoção de tal procedimento em virtude de a coletividade ser usuária das obras licitadas através do Regime Diferenciado de Contratação Pública, notadamente em virtude do relevante interesse público atinente a certos objetos como o Serviço Único de Saúde e o Sistema Público de Ensino.

A contratação integrada, portanto, compromete os princípios balizadores da licitação dispostos no art. 37, XXI da Constituição Federal, devendo ser declarada inconstitucional.

4.2.3. Pré-qualificação permanente

A pré-qualificação permanente⁴³ é instituto do Regime Diferenciado de Contratação Pública que malfeire o princípio da ampla competitividade disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal.

Marçal Justen Filho (2012, p.63-67) defende que a ampla competitividade é um dos fundamentos do procedimento licitatório, desdobrando-se dos princípios republicano e da isonomia⁴⁴.

Continua o autor (2013, p.503-504) definindo a pré-qualificação como “um ato administrativo declaratório do preenchimento de requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito (pré-qualificação subjetiva⁴⁵) ou do atributo mínimo de qualidade por

43 Art. 29 São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:

I – pré-qualificação permanente

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

I – fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

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

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

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

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

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

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

(...)

“Mas a isonomia também se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração. Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos”.

45 Marçal Justen Filho (2013, p. 503) dispõe que “rigorosamente, a figura da pré-qualificação subjetiva apresenta alguma relação com o modelo da tomada de preços prevista na legislação anterior. A tomada de preços é uma modalidade de licitação da Lei nº 8666 em que a participação é restrita aos licitantes cadastrados ou àqueles que preencherem as exigências de cadastramento num prazo específico. Trata-se da mesma concepção da pré-qualificação subjetiva de induzir os interessados a submeterem previamente à Administração os documentos

um objeto (pré-qualificação objetiva), produzindo efeitos constitutivos relativamente a procedimentos licitatórios ou contratações administrativas futuras”.

Diferentemente da pré-qualificação referida na Lei nº 8666/93⁴⁶, que envolve apenas uma licitação e é aplicada quando o objeto seja complexo a ponto de demandar uma análise mais aprofundada da qualificação técnica dos interessados, “a pré-qualificação da Lei nº 12.462/11 apresenta essa natureza 'permanente'. Ou seja, pode ser aplicada para uma série indeterminada de licitações” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 11).

Comentando acerca da pré-qualificação da Lei nº 8666/93, Jessé Torres Pereira Júnior (2003, p. 945-946) afirma que, em virtude da restrição da competitividade e possibilidade de direcionamento do certame, deve ser aplicada por autoridades determinadas, motivada e excepcionalmente, *in verbis*:

A inclusão, no procedimento das licitações mediante concorrência, de uma etapa de pré-qualificação tem lugar, apenas, quando houver necessidade de apurar-se, com especial acuidade, a qualificação técnica de interessados em contratar obras e serviços de grande porte e cuja execução envolva peculiar grau de dificuldade, a demandar do executor nível correspondente de especialização e experiência. Este nível será o alvo da aferição a que a Administração procederá na pré-qualificação, de sorte a somente admitir ao certame aqueles que o alcançarem, comprovadamente. Sugerirá direcionamento indevido do torneio competitivo a inserção dessa etapa excepcional previamente à concorrência cujo objeto não apresentar aquele grau de dificuldade. Por isso o § 1º do art. 114 exige que a adoção do procedimento da pré-qualificação seja proposta e aprovada pelas autoridades respectivamente competentes, relacionadas hierarquicamente. Do que também se deduz que o ato de sua autorização será necessariamente motivado, sujeitando-se aos controles internos e externos dos atos administrativos.

Cláudio Sarian Altounian também preleciona que o procedimento em epígrafe deve ser usado com cuidado, em virtude da possível eliminação da competitividade do certame que pode resultar na revogação do procedimento licitatório (2008, p. 172):

Se, por exemplo, número reduzido de empresas lograrem êxito na pré-qualificação, será alto o risco de conluio quando da apresentação das propostas, visto que serão previamente conhecidos os licitantes que poderão apresentar seus preços. Pior se houver apenas uma empresa pré-qualificada, situação em que deixará de haver competitividade na apresentação dos preços. Nesses casos, a Administração deverá avaliar a conveniência da revogação do certame, sob pena de não conseguir obter a proposta mais vantajosa.

comprobatórios de sua idoneidade, de modo que a decisão sobre o tema produza efeitos para um número indeterminado de licitações posteriores.”

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

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

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

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, constatou, no processo TC 014.150/2007-7-Acórdão 807/2008-Plenário, quando da utilização da pré-qualificação da Lei nº 8666/93, irregularidades como o direcionamento de certames, conluio entre os participantes e sobrepreços⁴⁷.

Desse modo, apesar a habilitação prévia ser uma importante criação da Lei nº 8666/93, que resulta na celeridade e eficiência dos procedimentos licitatórios, a sua aplicação deve ser utilizada em casos que envolvam o requisito de habilitação técnica e com observância do caso submetido à análise do administrador, sob pena de macular princípio basilar da competitividade que deve orientar o certame.

A pré-qualificação permanente originada da Lei nº 12.462/11 não possui excepcionalidade, uma vez que pode ser utilizada para qualquer situação de fornecimento de bem e execução de serviço ou obra.

47 “63. O TCU acompanhou no ano de 2006 as obras realizadas em 11 aeroportos, encontrando indícios de irregularidades recorrentes, dentre eles o de sobrepreço nos valores contratados. Destacam-se, nos casos analisados relativos a licitações do tipo técnica e preço, alguns procedimentos adotados pela INFRAERO que, por restringirem o caráter competitivo do processo licitatório, terminam por favorecer a ocorrência de sobrepreço nos contratos, quais sejam: a pré-qualificação, os requisitos exigidos para a qualificação técnica, os critérios de avaliação das propostas técnicas e das propostas de preço.

64. Considerando que a restrição ao caráter competitivo da licitação é expressamente vedada no art. 3º da Lei nº 8666/93 (inc. I do § 1º), e ainda a relação dessa irregularidade com a ocorrência de sobrepreço nos contratos, torna-se evidente a necessidade de reavaliar a metodologia de contratação da Estatal.

[...] 67. A INFRAERO, ao adotar a pré-qualificação, publica o edital referente a esta primeira fase (Edital Fase I), que tem por objetivo definir as concorrentes habilitadas. Entretanto, apesar de a pré-qualificação já caracterizar a fase externa da licitação, quando da publicação do primeiro edital, as regras da concorrência futura (Edital Fase II) não são apresentadas às licitantes, tampouco encontram-se elaboradas. Em se tratando de concorrência de técnica e preço, o tipo mais comum nas últimas licitações da Estatal, os critérios de julgamento da proposta técnica e da proposta de preços somente são definidos após o conhecimento das concorrentes habilitadas (resumo da Fase I).

68. Também merece abordagem o fato de que o projeto básico da obra e a respectiva planilha orçamentária somente são divulgados na segunda fase da licitação (Edital Fase II), ou seja, após definidas as concorrentes habilitadas.

69. Tudo indica que, diante do desconhecimento das características do objeto e dos valores altos e lucrativos envolvidos em sua execução e, ainda, das regras de avaliação e julgamento das propostas, muitas empresas sequer se apresentam para a pré-qualificação, reduzindo de antemão o universo de concorrentes a participar da segunda fase. Acontece, portanto, uma restrição já na primeira fase no processo.

70. Como consequência, os preços das propostas têm se situado acima do orçamento-base da Estatal, que, por sua vez, elaborado em dissonância aos dispositivos legais, apresenta indícios de superavaliação.

71. O fato acima exposto foi constatado em todas as fiscalizações realizadas em 2006, existindo ainda outros riscos decorrentes da metodologia de licitação adotada, os quais não são objeto do presente trabalho, mas não poderiam deixar de ser citados: a possibilidade de direcionamento e de conluio entre os participantes.

72. Todos esses fatores contrariam os princípios da licitação e descaracterizam o ambiente competitivo que levaria a uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

73. Ponderando-se que a legislação atual não traz a definição e as regras claras para a realização da pré-qualificação, apenas relaciona requisitos para a sua utilização (art. 114 da Lei nº 8666/93); e ainda que as obras aeroportuárias não apresentam características que justifiquem a necessidade de uma análise mais detida da qualificação técnica das concorrentes, entende-se que eventuais vantagens advindas desse procedimento não compensam os riscos potenciais inerentes a ele. Desse modo, em nome da ampliação da competitividade, sugere-se a eliminação dessa fase nos procedimentos licitatórios de obras aeroportuárias”.

Ademais, ocorrendo em fase anterior e distinta do procedimento licitatório e permitindo, inclusive, que interessados não dispostos na lista de qualificados sejam preteridos de participar do certame (art. 30, § 2º), restringe sobremaneira o universo de empresas a participarem da licitação.

Dessa maneira, o Ministério Público Federal pugnou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655, a inconstitucionalidade por arrastamento das expressões “pré-qualificação”, disposta no art. 7º, II⁴⁸ da Lei nº 12.462/11, por não haver qualificação técnica no fornecimento de bens, bem como da “e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei” prevista no art. 15, “*caput*”⁴⁹ do regramento do RDC, de modo que a Lei nº 8666/93 continue sendo orientadora das questões atinentes à pré-qualificação dos objetos do Regime Diferenciado de Contratação Pública.

4.2.4. Malferimento aos direitos fundamentais atinentes à preservação do meio ambiente e dos direitos culturais

O meio ambiente ecologicamente equilibrado consiste em direito fundamental de terceira dimensão, condição indispensável à vida em sociedade, devendo as atividades interventivas no bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, ser condicionadas à realização de estudos prévios de impacto ambiental, tais como previsto no art. 225, § 1º, inciso IV da Constituição Federal⁵⁰. José Afonso da Silva (2001) preleciona acerca da importância do bem em análise:

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um calor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no

48 No caso de licitação para aquisição de bens, a administração 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.

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

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

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

sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana.

O Licenciamento ambiental, em consonância com o art. 9º, IV da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) é o procedimento administrativo complexo, com caráter preventivo, para a tutela do meio ambiente⁵¹.

A partir do procedimento em questão, a Administração Pública aufere, mediante o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a extensão do dano a ser causado no meio ambiente a partir da realização de obras potencialmente degradantes, analisando, em seguida, a conveniência e oportunidade para a concessão da licença ambiental, uma vez que, na doutrina de Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2011, p.215) o “desenvolvimento sustentável é princípio norteador da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento da ordem econômica”.

Sendo direito fundamental consubstanciado nas cláusulas pétreas e intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, submete-se ao princípio da proibição do retrocesso social, de modo que José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p.177-189) afirma que “a água, os solos, a fauna, a flora, não podem ver aumentado o seu grau de esgotamento, surgindo os 'limites do esgotamento' como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos”.

Além da proteção ao meio ambiente, a ordem constitucional ampara os direitos culturais nos artigos 215 e 216⁵², estabelecendo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2011, p.407) que um dos primeiros conceitos de patrimônio cultural foi efetivado a partir da redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 25/37, que previa “constituir o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, quer por vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

51 A Resolução Conama n. 237/97, no seu art. 1º, I, definiu licenciamento ambiental como o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acatamento e preservação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se manifesta no sentido de que a atividade econômica deve ser praticada em consonância com a proteção do meio ambiente em seus diversos desdobramentos.

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

(STF - ADI-MC: 3540 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

O Regime Diferenciado de Contratação Pública, dispondo acerca de licitações para obras de grande porte e com considerável impacto ambiental, deveria criar um sistema de prevenção e estudos prévios orientados pelo mandamento constitucional, de modo que a implementação dos seus objetos não macule sobremaneira a proteção ao meio ambiente.

O art. 4º, § 1º, inciso II e § 2º da Lei nº 12.462/11⁵³, entretanto, dispõe que, nas licitações sujeitas a esse regime, serão devidas a implementação de medidas mitigadoras e compensatórias a serem definidas no procedimento de licenciamento ambiental.

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

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

II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental.

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

Ademais, o art. 14, parágrafo único, II da Lei nº 12.462/11⁵⁴, prevê apenas a faculdade de exigir-se requisitos de sustentabilidade ambiental, flexibilizando-se sobremaneira a proteção ambiental que deve nortear a realização dessas obras.

Teresa Villac Varki (2011, p.45) preleciona acerca do desenvolvimento sustentável a ser aplicado às licitações públicas:

Falar-se em sustentabilidade é falar em opções éticas que considerem a coletividade, o meio, o outro e o que advirá, em decisões difíceis e complexas que envolvem diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e multiplicidades culturais. (...) No questionamento acerca das novas relações que envolvem o consumo, destaca-se a relevância da inserção e fortalecimento da sustentabilidade nas ações governamentais, notadamente nas contratações públicas. O Estado como consumidor tem o potencial de fomentar o mercado e como empregador o de imprimir uma cultura administrativa sustentável.

Em virtude da generalização da norma em relação aos requisitos a serem exigidos para se cumprir a finalidade de desenvolvimento nacional sustentável no âmbito do Regime Diferenciado de Contratação Pública, é imperioso eliminar a interpretação de que em relação às obras ou atividades que ocasionem danos ambientais/culturais, serão apenas devidas medidas compensatórias ou mitigadoras.

Dessa maneira, em cumprimento ao disposto no art. 225, § 1º, IV da Constituição Federal, é indispensável a utilização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental para decidir, a partir de avaliações quanto ao potencial agressivo ao meio ambiente da obra a ser licitada pelo RDC, acerca da implantação dos objetos desse regime e a forma como serão realizados.

O Ministério Público Federal, então, por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4665, pleiteou que seja declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos artigos 4º, § 1º, II, e § 2º, e 14, parágrafo único, II, com leitura a ser dada em conformidade com os artigos 225 e 226 da Carta Magna, para elidir interpretações que dispensem exigências do licenciamento ambiental para a consecução de obras e atividades relacionadas aos objetos da Lei nº 12.462/11.

⁵⁴ Art. 14 Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

Parágrafo único: Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

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

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98 constitucionalizou reclamos desenvolvidos no sentido de desburocratizar e tornar mais eficiente e barato o ofício da Administração em suas diversas atividades.

Nesse sentido, foram criados microssistemas que tinham por intuito aperfeiçoar e tornar mais dinâmica a sistemática das licitações e contratos em comparação ao regramento geral, tais como a modalidade pregão a partir da Lei nº 10.520 e do Sistema de Registro de Preços pelo Decreto nº 3.931/01⁵⁵.

Conforme Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos – CTLICON (2013, p.4), “o interesse que a matéria das compras públicas desperta é ainda traduzido pelos mais de 500 projetos em tramitação a seu respeito no Congresso Nacional”⁵⁶.

O Regime Diferenciado de Contratação Pública foi implementado, em meio a essa conjuntura, sem o cuidado necessário que seus objetos de grande porte demandam, mediante Projeto de Lei de Conversão sem pertinência temática em relação à MPV nº 527/11, permitindo demasiada discricionariedade ao administrador na escolha dos objetos a serem licitados e dificultando, inclusive, o controle jurisdicional.

A inserção de matérias apartadas da norma originária em Projetos de Lei de Conversão de Medidas Provisórias resulta na transgressão ao devido processo legislativo, furtando-se da discussão necessária acerca do instituto, inclusive em virtude da ausência do exame da questão submetida pelas comissões temáticas das Casas do Congresso Nacional.

A Lei nº 12.462/11 foi promulgada com excepcionalidade para a realização dos eventos esportivos supracitados e deveria, por isso, ser interpretada de forma restritiva.

Entretanto, o RDC, criado para ser aplicado de forma pontual, vem sendo constantemente expandido para implantação de obras de grande porte como as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), para a realização de obras e

⁵⁵ O Estudo da Consultoria do Senado Federal nº 1.990, de 2013 concluiu que “o conjunto de reformas já executado sobre o tema optou por mudanças pontuais, ora pela edição de legislação inovadora. Entre estas, são dignas de registro a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2000, que instituiu o pregão; a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que conferiu tratamento favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que trata de licitação e contratação de serviços de publicidade; a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), e as que dela decorreram com o fim de expandir seu alcance; e a Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, que estabeleceu normas especiais para compras e contratações de produtos e sistemas de defesa. <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143724&tp=1>> Acessado em 23 de outubro de 2014

⁵⁶ <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143724&tp=1>> Acessado em 23 de outubro de 2014

serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e para as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS), o que denota gravidade que impõe a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, das inconstitucionalidades questionadas por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655.

Além disso, o instituto em questão flexibiliza sobremaneira exigências importantes dispostas na Lei Geral de Licitações e Contratos, de modo a apresentar também inconstitucionalidades materiais como a definição do regime jurídico a cargo do Executivo; a previsão da contratação integrada de modo a se furtar da confecção do projeto básico; a pré-qualificação permanente e o malferimento aos direitos fundamentais atinentes ao meio ambiente e à cultura.

A criação de leis pontuais visando aprimorar a sistemática de licitações e contratos não está em consonância com o princípio da eficiência, devendo-se promover um amplo debate acerca das questões defasadas do regime geral.

Ademais, a problemática central que permeia a ineficiência, no tocante ao procedimento licitatório, não tem como enfoque as prescrições legais, mas a aplicação deficiente da Lei nº 8.666/93 em virtude da cultura organizacional burocrática que permeia grande parcela dos órgãos e entidades públicos, desrespeitando-se os prazos delimitados no instrumento normativo.

A Lei nº 8.666/93 é importante por estabelecer um regramento geral atinente às licitações e contratos, delimitando minuciosamente suas etapas e requisitos de modo a buscar coibir os abusos supracitados, tais como conluio entre os participantes, sobrepreço, dentre outros, que maculam o procedimento.

Tendo em vista as premissas apresentadas, a profissionalização dos agentes públicos responsáveis pelas licitações e contratos administrativos, consubstanciadas, por exemplo, na realização de cursos de capacitação e na criação de cargos exclusivos para a atuação nesse âmbito, já seria de grande valia para tornar mais eficiente o *munus* da Administração Pública.

Ressalte-se que foi criada uma Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8666/93) – CTLICON, por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 19, de 2013, para auxiliar o órgão legislativo na compilação e aperfeiçoamento das normas relativas a esse assunto no Projeto de Lei nº 559, de 2013⁵⁷.

⁵⁷ O Projeto de Lei nº 559, de 2013 possui a seguinte ementa: Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de

Atualmente, o projeto de lei em comento já foi concluído e foi remetido ao Congresso Nacional, estando sob análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ do Senado Federal.

Aprovando-se o Projeto de Lei nº 559, de 2013, extinguir-se-ão os microssistemas apartados, de modo a unificar todo o regramento atinente às licitações e contratos. Tendo sido, durante os mais de vinte anos de vigência da Lei nº 8.666/93, criados institutos eficazes na promoção das compras públicas, não seria razoável abandoná-los.

A inovação em questões atinentes às licitações e contratos, como as desenvolvidas inconstitucionalmente por meio da MPV nº 527, de 2011, que originou a Lei nº 12.462/11 – RDC, deve ser precedida de um amplo debate acerca da sua legitimidade e aplicação prática, notadamente por consubstanciar um grandioso despendimento de recursos públicos, de modo a adequar-se satisfatoriamente aos interesses da coletividade.

Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas:** licitação, contratação, fiscalização e utilização. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes.** In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AMARAL GARCIA, F. **Licitações e Contratos Administrativos – Casos e Polêmicas.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAGÃO, Alexandre de Santos. **Curso de Direito Administrativo.** 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordano; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39 a 65.

BARROS, Sérgio Resende. **Liberdade e contrato:** a crise da licitação. 2 ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999.

BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11 ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao meio ambiente como direito subjetivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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 nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47-59.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-MARÇAL-JUSTEN-FILHO.pdf>>. Acesso em: 9 de outubro de 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013.

LASO, Enrique Sayagués. **La licitación pública**. Buenos Aires: Euro Editores, 2005.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **O procedimento licitatório e a fase de habilitação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 209-218.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. São Paulo. Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____.; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Rezende e FREITAS, Rafael Veras. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e administração de resultados**, in **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 35. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, J.T. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

RENZO, Francisco di. **I Contratti dela Publica Amministrasione**, Milão, 1969.

REZENDE, Renato Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>, Acesso em 02 out. 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro e PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratação**: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Carlos Medeiros. Parecer *in* **Revista de Direito Administrativo** 79/465.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.822.

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

VELASCO, Recaredo Fernandez. **Los contratos administrativos**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1927.

ZOCKUN, Maurício. **Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.15-30.