

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Bruna Lacerda Cardoso

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Passo Fundo

2015

Bruna Lacerda Cardoso

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Prof. Drº Giovanni da Silva Corralo.

Passo Fundo

2015

Bruna Lacerda Cardoso

A (in) constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Profº. Drº. Giovani da Silva Corralo.

Aprovada em 1º de Junho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Drº. Giovani da Silva Corralo – UPF.

Profº. Esp. Ezequiel Paulo Zanellato – UPF.

Profª Me. Claride Chitolina Taffarel.

Agradeço ao Professor Doutor Giovani da Silva Corralo, pela dedicação, competência e, em especial, pelo exemplo de vida no exercício da carreira de docência.

Do mesmo modo, agradeço aos meus pais, Luiz Daniel Cardoso e Marli Lacerda Cardoso, por todo carinho, apoio e paciência durante toda a minha vida.

RESUMO

O presente trabalho busca apreciar, na seara do Direito Administrativo, a (in) constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), modalidade de licitação instituída pela Lei 12.462/11. As discussões acerca da validade do novo regime resultaram no ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4655/4555, ainda não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para que se alcance a finalidade referida acima, faz-se necessário, inicialmente, tecer considerações sobre a Lei Geral de Licitações – Lei 8.666/93, a qual positiva o regime de licitações no Brasil. Em seguida, aborda-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituído pela Lei 12.462/11, criado para a realização as obras da Copa do Mundo de 2014 e eventos correlatos. Por fim, analisam-se as ADIs referidas anteriormente, que apontam a existência de inconstitucionalidade formal e material no RDC. Diante da pesquisa proposta, concluiu-se que há inconstitucionalidade formal no RDC, por vício no devido processo legislativo, o que, em consequência, gera uma afronta ao ordenamento jurídico vigente.

Palavras - Chaves: Ações Diretas de Inconstitucionalidade; Direito Administrativo; Inconstitucionalidade; Lei Geral de Licitações; Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

APO - Autoridade Pública Olímpica

art.- artigo

atual. - atualizada

CF - Constituição Federal

Cf. - Confira

ed. - edição

FIFA - Fédération Internationale de Football Association

Ibid. – Ibidem (Substitui a indicação do mesmo autor e mesma obra citada anteriormente)

LGL - Lei Geral de Licitação

MPV - Medida Provisória

Op. cit. – Obra citada (Substitui a indicação de obra já citada em nota presente na mesma página).

p. - página

PAC - Programa de Aceleração do Crescimento

RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas

rev. - revisada

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	10
2.1 Aspectos Gerais sobre a Lei Geral de Licitações	10
2.2 Princípios Gerais e Específicos	14
2.3 Modalidades de Licitação e as Exceções ao Dever de Licitar.....	19
3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	23
3.1 Aspectos Gerais e Princípios Aplicáveis	24
3.2 Principais Dispositivos Legais	27
3.3 Expansão da Incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....	33
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL	36
4.1 Quanto à Inconstitucionalidade Formal.....	39
4.2 Quanto à Inconstitucionalidade Material.....	43
5 CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso insere-se na área do direito público, mais precisamente no âmbito do direito administrativo – licitações públicas, haja vista que, no ano de 2011, houve a criação de uma nova modalidade de licitação, sobre a qual juristas têm suscitado inconstitucionalidade.

A nova modalidade de licitação criada é o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) introduzido pela Lei 12.462/11, de 05 de agosto de 2011, através da conversão da Medida Provisória (MPV) nº 527. O RDC fora elaborado visando a realização das obras da Copa das Confederações (2013), da Copa do Mundo (2014) e dos Jogos Olímpicos (2016), tudo no intuito de proporcionar maior agilidade e celeridade às licitações realizadas pelo poder público nesses eventos.

No entanto, logo após a sua vigência, nasceram alegações de possíveis inconstitucionalidades do regime, tanto formal, como material. Assim, o Procurador Geral da República, bem como os representantes de alguns partidos políticos (PSDB, DEM e PPS), inconformados com a possibilidade de contratações públicas serem realizadas por um procedimento eivado de ilegalidade, ingressaram com duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 4655 e 4645, respectivamente), que ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo em sede de cognição sumária.

Observa-se que o despertar pelo tema, inicialmente, se deu em razão de leituras de artigos científicos e periódicos sobre ações diretas de inconstitucionalidade, momento em que se verificou a existência dessas duas ADIs. Diante disso, em uma breve leitura sobre o tema, foi possível identificar, além de uma possível inconstitucionalidade no dispositivo (RDC), a ligação entre a ânsia legislativa pela criação de um novo regime, o qual tem a sua incidência cada vez mais alargada, e a negligência com a revisão da Lei 8.666/93, cujo procedimento legislativo de reforma se encontra em tramitação no Congresso Nacional há anos.

Dito isso, deve-se, antes de mais nada, perceber a importância da temática, principalmente em razão do momento em que se vivenciou (e se irá vivenciar) no país com a realização de grandes eventos esportivos, os questionamentos da população pelos gastos efetuados com a realização desses eventos, bem como o fato de ainda não haver posicionamento jurisprudencial acerca do tema.

Além do mais, não é possível deixar de observar, como já citado anteriormente, que está havendo um alargamento das hipóteses de utilização o RDC, porquanto hoje, diferentemente da proposta inicial, é permitido que esse dispositivo seja utilizado em outras contratações públicas, como, por exemplo, nas obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Assim, é perceptível a necessidade de se aprimorar os estudos sobre o caso, dando principal enfoque para a questão da constitucionalidade, dado que, segundo alguns juristas, há possíveis violações de princípios e regras seguidos pela administração pública, o que poderá gerar danos ao erário.

Nesse sentido, longe de perquirir uma solução definitiva para o tema, o que seria inapropriado e antiacadêmico, o presente trabalho de conclusão de curso buscará refletir sobre existência ou não de inconstitucionalidade formal e/ou material no RDC, notadamente diante das mencionadas ADIs 4655 e 4645.

Para que se possa analisar esse novo regime e se é ou não viciado por inconstitucionalidade, é importante, inicialmente, tecer considerações acerca do regime geral de licitações no Brasil, disposto na Lei de Licitações (Lei. 8666/93). Dessa base legislativa, serão abordados conceitos, princípios, objetivos, modalidades e suas formas de dispensa e inexigibilidade.

Posteriormente, serão tecidas considerações acerca do RDC, como ele foi introduzido no Brasil, seus principais dispositivos, os princípios aplicáveis e como se procedeu ao alargamento da sua incidência, aspecto sobre o qual têm se debruçado doutrinadores.

Por fim, realiza-se uma análise das suscitações de inconstitucionalidade formal e material, tendo como base as ADIs nº 4.655 e nº 4.645, as quais consideram o RDC afrontoso a preceitos constitucionais e normas basilares de direito administrativo, especialmente as presentes na Lei Geral de Licitações (LGL).

2 LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O Estado, no seu papel de provedor e instituidor de políticas públicas, tem como finalidade promover e efetivar as necessidades dos cidadãos. A sua atuação ocorre através de atos da administração pública direta e indireta, os quais são concretizados, em muitas vezes, através da realização de obras, aquisição de produtos e contratação de serviços.

Nesse sentido, para que o poder público possa realizar essas contratações e aquisições de bens, é necessária a utilização de um procedimento licitatório, o qual, em regra, é obrigatório. Tudo isso com a finalidade de que, dentre as opções que a administração possa fazer na escolha de seus contratados, escolha-se a proposta mais vantajosa, sempre observando os princípios e diretrizes apregoados ao Poder Público.

Deste modo, é imperioso que se aborde o sistema geral de licitações positivado pela Lei 8.666/93, realizando-se uma breve análise histórica do instrumento, seus conceitos e finalidades. Após, analisam-se os princípios gerais da administração pública, assim como os princípios específicos da Lei Geral de Licitações (LGL). Em seguida, abordam-se as modalidades licitatórias, a regra da obrigatoriedade das licitações, detalhando-se, ainda, as possibilidades de dispensa e inexigibilidade previstas no ordenamento jurídico.

2.1 Aspectos Gerais sobre a Lei Geral de Licitações

Como dito, as contratações públicas, em regra, deverão ser precedidas de um certame licitatório, a fim de que se escolha a proposta mais vantajosa ao interesse público¹, excetuadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade². Significa dizer que, dentro do sistema jurídico brasileiro, há a necessidade de um procedimento prévio à formalização de um contrato administrativo. Embora não se possa caracterizar a licitação como um ato administrativo autônomo³, é possível afirmar que se caracteriza como “o antecedente necessário do contrato administrativo”⁴

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2006. p. 179; CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & cia, 1914. p. 19.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 246.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008. p. 426-427.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286.

Em linhas gerais, entende-se o contrato administrativo como uma união de vontades, cujo documento produzido acaba por fazer lei entre as partes. O contrato é realizado entre o Estado, representado pela administração pública, com o particular, através de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado. Todo esse trabalho estatal, através da realização de contratos, visa proporcionar satisfação dos interesses da sociedade, perseguindo, deste modo, o fim público preceituado em todos os atos da administração.⁵

No Brasil, após o surgimento da Constituição Federal de 1988, houve mudanças significativas no que concerne à metodologia e importância das licitações no país. Assim, com o advento da Constituição Federal, mais precisamente no seu art. 37, inciso XXI, houve o estabelecimento da obrigatoriedade da utilização das licitações, a qual foi regulamentada⁶, posteriormente, pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Sobre o deslinde histórico do sistema licitatório brasileiro, é possível observar que, com o passar dos anos, esse sistema sofreu grandes alterações legislativas até chegar ao que hoje é a Lei 8.666 de 1993.

A primeira regulamentação sobre o tema foi o Decreto nº 2.926, de maio de 1862, que estabeleceu a positivação das arrematações e serviços que ocorriam durante o Império.⁷ Posteriormente, no período da república, os preceitos normativos eram estabelecidos, embora sem ter a licitação como finalidade principal, em leis esparsas, como, por exemplo, na Lei 2.221 de 1909 e na Lei 3.232 de 1917. Após, surgiu o Código de Contabilidade Pública, instituído em 1922, o qual vigorou durante anos, e foi um instrumento de grande relevância dentro da historicidade do sistema licitatório. Em seguida, no decorrer dos anos, houve várias legislações que, embora não tão importantes, foram revogadas pela Lei 8.666/93, como, por exemplo, o Decreto-Lei 200 de 1967, a Lei 5.456 de 1968, a Lei 6.946 de 1981, bem como o Decreto-lei 2.300 de 1986.⁸

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 254; MACHADO, João de Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*. Coimbra, 1937. p. 279; BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Lajouane & cia, 1929, p. 142; CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967. p. 47; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 577; MEIRELLES, 1995, p. 194.

⁶ Hely Lopes Meireles, de forma contrária, entende que a Lei 8666/93 não regulamenta o estabelecido no Art.37, XXI da Constituição Federal, mas sim, que ela estabelece normas gerais sobre licitações, previstas no Art.22, XXVII da Constituição Federal. Cf. MEIRELLES, 2010, p. 25.

⁷ MEIRELLES, 2010, p. 25; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 550 e 551.

⁸ MEIRELLES, Op. cit., p. 25; ARAÚJO, op. cit., p. 550 e 551.

Assim, vistas a importância, a finalidade e a forma como a licitação surgiu no sistema jurídico brasileiro, é imprescindível que se conceitue essa forma de seleção, cujo objetivo é cumprir os princípios constitucionalmente previstos.

A licitação, de maneira concisa, é o procedimento administrativo que, segundo a utilização de critérios objetivos já determinados no instrumento convocatório, seleciona, dentre os participantes, a proposta que gerar mais vantagem à administração, com vistas à elaboração de um contrato administrativo.⁹ Salienta-se, ainda, que sempre deverá ser assegurando, durante todo o trâmite licitatório, os princípios, requisitos e as premissas estabelecidos pelo direito administrativo. Como bem pontuam os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira Mello, a licitação consiste no:

[...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹⁰

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende a licitação como um procedimento administrativo onde o poder público abre aos interessados, que se submetam ao previsto no edital, a possibilidade de estabelecerem propostas, dentre as quais será escolhida a mais conveniente para a administração pública.¹¹

Assim, em complementação à conceituação, é possível dizer que a licitação “constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”¹². Ou seja, a licitação nada mais é do que o meio mais vantajoso, determinado segundo critérios objetivos de seleção, para se formalizar um contrato administrativo.

Por outro lado, no que concerne à competência legislativa sobre as licitações e contratos administrativos, é possível afirmar que o procedimento é regulado formalmente pela lei, cabendo somente à União, conforme preceituado no art. 22, XXVII da Constituição Federal, legislar de maneira geral sobre o tema, de modo que a legislação assim originada valerá para toda a Administração Pública, em todos os níveis de governo. De forma residual, conforme estabelecido no art. 24, §§ 2º, 3º e 4º da Constituição Federal, ficará sob a

⁹ JUSTEN FILHO, 2008, p. 11; MEIRELLES, 2010, p. 25; CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 55.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 534.

¹¹ DI PIETRO, 2012, p. 368.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 672.

reponsabilidade dos Estados, Distrito Federal e Municípios a promulgação apenas de legislações complementares sobre licitações e contratos administrativos, limitadas às peculiaridades de suas administrações.¹³

As regras básicas estabelecidas para as licitações e contratos realizados no Brasil, estão estabelecidas, em sua maioria, na Lei 8.666/93, sendo esta lei “um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes no direito público brasileiro”¹⁴. Entretanto, cumpre ressaltar que existem outros diplomas legais que também preveem regras sobre licitações, tais como a Lei nº 8.987/95, que trata das licitações para concessões e permissões de serviços públicos; a Lei nº 10.520/2002, que trata sobre a modalidade de licitação pregão; a Lei nº 11.079/2004, que estabelece as regulações sobre as parcerias público-privadas; e, por fim, a Lei 12.462/11, que dispõe sobre o RDC, tema abordado no presente trabalho.

Para essa abordagem, é imperioso observar a finalidade da LGL, explicitada no art. 3º¹⁵: a licitação destina-se a garantir o princípio da isonomia, a proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A garantia do princípio da isonomia significa o dever de a administração proporcionar condições iguais aos participantes do certame licitatório. Por outro lado, a garantia da proposta mais vantajosa objetiva promover o caráter competitivo das licitações, cerne do procedimento. Já a garantia da promoção do desenvolvimento nacional sustentável consiste no dever do Estado de basear as suas escolhas não apenas no valor das propostas, mas, sim, de procurar a proposta mais acessível dentre aquelas que auxiliem na promoção do desenvolvimento sustentável, entendido este como o uso adequado e racional de recursos naturais no processo de desenvolvimento econômico.¹⁶

Por fim, cabe ressaltar que, em qualquer licitação a ser realizada, o Poder Público deverá tomar suas decisões observando, além das finalidades básicas, os princípios gerais e específicos norteadores do direito administrativo, os quais serão abordados a partir de agora.

¹³ SILVA, 2010, p.673; ARAÚJO, 2014, p. 556 e 569.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. – *Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 34.

¹⁵ Art.3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

¹⁶ PALAVÉRI, Marcelo. *Municípios e Licitações Públicas*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 3; DI PIETRO, 2012, p. 369.

2.2. Princípios Gerais e Específicos

A Administração Pública, atuando em nome do Estado, tem seus atos dirigidos por princípios gerais, os quais norteiam a sua busca pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, pilares de sustentação do direito administrativo. Seguindo essa linha, o sistema licitatório também deverá observar estes princípios gerais, além das finalidades já delineadas acima. Porém, dadas as suas peculiaridades, as licitações também possuem princípios específicos a reger a atuação administrativa, de observância obrigatória para que se evite a anulação do ato administrativo.¹⁷

Em que pese não pertençam ao rol de princípios, os pilares – ou “pedras de toque”¹⁸ – do direito administrativo são de grande relevância nesse sistema, merecendo, assim, devido destaque. São eles a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, cujas importâncias os elevam a verdadeiros fundamentos do regime jurídico de direito público, imprescindíveis na apreciação da relação entre administração e administrado.

Embora não seja tarefa simples identificar o que seja interesse público, é importante que se aborde o tema. De maneira geral, o interesse público é o interesse de cada um dos membros que participam da sociedade, onde a união de cada vontade forma a vontade de todos.¹⁹

Para Celso Antônio Bandeira De Mello, o interesse público é o somatório dos interesses individuais representando o interesse majoritário da sociedade, sendo que não há ligação exclusiva entre interesse público e interesse da Administração, uma vez que o interesse público é diferente do interesse do Estado (pessoa jurídica de direito público que representa a sociedade como um todo).²⁰

Deste modo, a supremacia do interesse público sobre o interesse do particular implica a superioridade da administração pública sobre os demais interesses existentes em sociedade, ou seja, os interesses dos particulares – de cada indivíduo ou de grupos de indivíduos - não poderão prevalecer sobre os interesses públicos.²¹

Já a indisponibilidade do interesse público causa ao agente público a impossibilidade de escolha em cumprir ou não o que é de interesse público. O agente apresenta-se como um

¹⁷ MEIRELLES, 1995, p. 248.

¹⁸ Nomenclatura atribuída por Celso Antônio Bandeira de Melo. Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2012. p. 534.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 665.

²¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 59.

servo desse interesse²², pois o que estiver determinado na legislação deverá ser cumprido por ele, seja o ato vinculado ou discricionário, sob pena de ilegalidade. No entendimento de Marçal Justen Filho, a:

[...] supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente ao princípio da República, que impõem a dissociação entre titularidade e exercício do interesse público. Juridicamente, efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo. O direito não faculta ao agente público o poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público – nessa concepção o interesse público é *indisponível*.²³

De outra banda, no Brasil, como já dito anteriormente, o direito administrativo é disciplina orientada por princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, sendo que esse feixe de normas superiores tem o condão de proporcionar identidade ao regime administrativo e delimitar parâmetros à atuação da administração.²⁴

Com relação aos princípios gerais que orientam a administração pública, pode-se localizá-los no art. 37 da Constituição Federal²⁵, que são o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Para José Afonso da Silva, há outros que se “extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas de direito público (inc. XXI e §§ 1º e 6º)”.²⁶ Já os princípios específicos das licitações, encontrados no art. 3º da Lei 8.666/93, são o da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O princípio da legalidade versa sobre a responsabilidade da administração em prezar pelos mandamentos legais, não podendo, em nenhuma hipótese, afastar-se do parâmetro da legalidade, sob pena de anulação do ato e responsabilização do agente que praticou. A ação será injurídica e será anulada se não corresponder ao calço legal ou exceder ao âmbito demarcado pela lei. Logo, observa-se que se o mandamento não estiver disposto na lei, a administração pública não poderá fazê-lo, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompe inopinadamente).²⁷

²² JUSTEN FILHO, 2010, p. 59.

²³ *Ibid.*, p. 60.

²⁴ MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 71.

²⁵ 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 [...]. Cf. BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁶ SILVA, 2010, p. 666.

²⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61; MEDAUAR, 2006, p. 179; DI PIETRO, 2012, p. 364; ARAÚJO, 2014, p. 575.

Nesse sentido, seguindo o raciocínio do princípio da legalidade, o campo de ação da administração pública, diferentemente do particular, é muito menor. A liberdade conferida ao particular corresponde ao estabelecido do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal²⁸, pelo qual particulares não serão obrigados a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Já a administração pública, de forma oposta ao particular, só poderá fazer o que estiver pré-estabelecido na lei, sob pena de ilegalidade.

O princípio da impessoalidade preceitua que deverá ser disponibilizado tratamento igualitário entre os concorrentes à licitação, a fim de que se possa assegurar a transparência e neutralidade no procedimento. Garantem-se, assim, os preceitos básicos buscados pela Administração, dentre eles o da igualdade entre as partes.²⁹ Na mesma linha de pensamento, Marçal Justen Filho estabelece que:

A impessoalidade é a emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedações a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação).³⁰

O princípio da moralidade, por sua vez, exige que a ação do agente público não seja apenas legal - dentro da legislação -, mas também dentro dos limites impostos pela convivência social. Observa-se, nesse sentido, que nem tudo que está de acordo com a legalidade é precisamente honesto e de acordo com a moral. Assim, a moral acaba por estar calcada na conduta interna do agente público, do qual é exigido que suas escolhas sejam direcionadas à realização do bem comum e estejam dentro da moralidade.³¹ No que tange à previsão legal do princípio da moralidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera que:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art.37, §4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei nº 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a

²⁸ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; Cf. BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 325; MEDAUAR, 2006, p. 179; DI PIETRO, 2012, p. 365; ARAÚJO, 2014, p. 575.

³⁰ JUSTEN FILHO, 2008, p. 71.

³¹ MEIRELLES, 2010, p. 245; ARAÚJO, op. cit., p. 576; JUSTEN FILHO, 2011, p. 70.

expressão improbidade administrativa, a Lei nº 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração.³²

O princípio da publicidade impõe à administração pública que garanta a qualquer interessado a possibilidade de participação e fiscalização dos atos praticados por ela, o que tem especial relevo no que tange às licitações.³³ Para Marçal Justen Filho, a publicidade, no âmbito das licitações, desempenha duas funções:

[...] Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universidade de participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocupam em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitada as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (Art.5º, inc. XXXIII).³⁴

O princípio da publicidade encontra-se positivado na Constituição Federal, mais precisamente no art. 5º, incisos XIV, XXXIII, XXXIV, LX, LXXII. Ainda, a publicidade somente poderá ser afastada em regime de exceção, nos casos em que houver risco à segurança da sociedade ou Estado, conforme previsão expressa do inciso XXXIII do art. 5º da Carta.³⁵ Pode-se inferir da leitura constitucional que a publicidade não é somente tratada como um dever da administração, mas também como direito fundamental do cidadão.

O princípio da eficiência, trazido para a Constituição Federal pela Emenda 19/98, determina que a administração pública deve proporcionar serviços de qualidades com o menor É o dever de conseguir o melhor resultado com menor custo, de modo que a “eficiência deve ser considerada no âmbito do conceito de ‘efetividade’, em que há adequação dos meios e fins. A administração deve adotar os melhores métodos ao seu alcance para obter os resultados mais aptos a satisfazer investimento possível. o interesse público”³⁶.

Paralelamente, cumpre referir que a LGL, em seu art. 3º, não traz a previsão do princípio da eficiência, entretanto, esse princípio é aplicado às licitações e contratos, em razão estar previsto no art. 37 da Constituição Federal. A análise desse princípio é de extrema relevância neste trabalho, tendo em vista que:

³² DI PIETRO, 2012, p. 380.

³³ JUSTEN FILHO, 2011, p. 73, DI PIETRO, op. cit., p. 366; ARAÚJO, 2014, p. 576; MEIRELLES, 2010, p. 29 e 30.

³⁴ JUSTEN FILHO, 2008, p. 74.

³⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 29.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria de. BATISTA DOS SANTOS, Marcia Walquiria. D’AVILA, Vera Lucia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.49.

O §1º do art.1º da Lei nº 12.462 elenca os objetivos do RDC. [...] o regulamento especial se direciona especialmente à viabilização de eventos cuja complexidade e grandeza de contrapõem ao exíguo tempo de que se dispõe para a sua preparação. Nesse sentido, pode-se afirmar que um dos seus relevantes objetivos é conferir maior celeridade às licitações e contratações e, assim, contribuir para o cumprimento dos prazos pactuados junto às entidades internacionais responsáveis pela organização desses eventos.³⁷

O princípio da igualdade, em um primeiro momento, pode assemelhar-se ao princípio da impessoalidade; no entanto, diferem-se. O princípio da igualdade é mais abrangente, pois exige que, além de haver tratamento impessoal entre os licitantes, haja a possibilidade de qualquer interessado participar do procedimento com condições e garantias idênticas aos outros licitantes.³⁸ A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, preceitua a igualdade aplicada no procedimento licitatório, sendo que a licitação só poderá exigir qualificação técnica e econômica quando essas forem indispensáveis à garantia das obrigações. Não há, deste modo, possibilidade de existir norma ou requisito que coloque os concorrentes em situações de desigualdade, a não ser que os requisitos sejam essenciais para garantia do objeto do contrato.³⁹

Há também o princípio da probidade administrativa, o qual acentua o princípio da moralidade. Para José Afonso da Silva, a distinção realizada entre ambos é inócua, pois o princípio da probidade é considerado a moralidade administrativa qualificada.⁴⁰ A probidade administrativa, em síntese, é o princípio que impede “a prática de atos ou a seleção de propostas atentatórias da probidade administrativa, ou seja, que não traduzam a melhor satisfação para a Administração Pública”⁴¹

Nesse sentido, a probidade administrativa e a moralidade não requerem somente um comportamento lícito do ente administrativo, mas exigem que eles comportem-se de acordo com os costumes morais, cumprindo, assim, a ideia de honestidade esperada pelo corpo social.⁴²

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece que o edital publicado na licitação vinculará a administração e as partes a cumprir o estabelecido por ele,

³⁷ ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf> Acesso em: 07/06/2014.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 347.

³⁹ Ibid., p. 347; DI PIETRO, 2012, p. 361; PALAVÉRI, 2003, p. 11; MEIRELLES, 2010, p. 30.

⁴⁰ SILVA, 2010, p. 678.

⁴¹ GASPARINI, 2011, p. 531.

⁴² DI PIETRO, op. cit., p. 365.

pois a sua inobservância desencadeará a nulidade do procedimento licitatório.⁴³ Esse princípio, além de estar positivado no art. 3º da Lei 8.666, encontra-se inequívoco no art. 47, o qual estabelece que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.⁴⁴

Por fim, por força do princípio do julgamento objetivo estabelecido nos arts. 3º, 44⁴⁵ e 45⁴⁶ da Lei 8666/93, o julgamento dos procedimentos licitatórios deverá observar critérios e medidas objetivas de escolha, já previamente estabelecidas no instrumento convocatório.⁴⁷ Observa-se, por derradeiro, que o referido princípio aponta que os critérios devem estar “claramente estipulados no instrumento convocatório, sob pena de nulidade”⁴⁸, sendo que critério objetivo é aquele que possibilita, mediante simples confrontações das propostas, identificar quem é a empresa vencedora da licitação, quando julgamento é menor preço ou melhor técnica.⁴⁹

Feito esse delineamento dos princípios norteadores do sistema licitatório brasileiro, não é demasiado ressaltar, novamente, a importância da observância deles em toda e qualquer atividade administrativa, o que inclui, é claro, as licitações. Cumprida essa etapa, passa-se a conceituar as modalidades de licitação e estabelecer as exceções à obrigatoriedade de licitar.

2.3 Modalidades de Licitação e as Exceções ao Dever de Licitar

A Lei Geral de Licitações estabelece modalidades de licitações a serem utilizadas, conforme cada caso, na realização das contratações públicas. Nesse sentido, “a expressão ‘modalidade’ é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimentos

⁴³ DI PIETRO, 2012, p. 389; ARAÚJO, 2014, p. 579; PALAVÉRI, 2003, p. 17; MEIRELLES, 2010, p. 37.

⁴⁴ Art.47 da Lei 8.666/93. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁴⁵ Art.44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁴⁶ Art.45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁴⁷ PALAVÉRI, op. cit., p. 19; MEIRELLES, op. cit., p. 36; DI PIETRO, op. cit., p. 367; ARAÚJO, op. cit., p. 580; GASPARINI, 2011, p. 532 e 533.

⁴⁸ GASPARINI, op. cit., p. 532.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 533.

licitatórios, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e ao critério de vantajosidade escolhido”⁵⁰.

Dita lei estabelece, no seu art. 22, cinco modalidades licitatórias: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Por outro lado, cumpre destacar que, atualmente, há duas novas modalidades: a do Pregão, criado pela Lei nº 10.520/2002; e o RDC, criado pela Lei 12.462/11, tema discutido no presente trabalho.

Paralelamente às modalidades, a lei instituiu os tipos permitidos de critérios que serão utilizados nos julgamentos das propostas (menor preço, melhor técnica, melhor técnica e menor preço, e maior oferta), sendo que tanto a modalidade quanto o tipo deverão constar no instrumento convocatório.⁵¹

A concorrência é a modalidade mais importante dentro do sistema licitatório, pois é tida como o rito ordinário do processo⁵². A modalidade concorrência é a mais genérica, pois é destinada à realização de transações de maior vulto, devendo ser antecedida de grande publicidade, haja vista que são contratações que envolvem muita verba pública e é necessário possibilitar a qualquer interessado, que preencha os requisitos, participar do certame.⁵³

A conceituação legal da concorrência encontra-se no § 1º do art. 22 da LGL, como a “modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”⁵⁴. No que tange à aplicação da concorrência, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães sustentam que:

[...] salvo exceções, nos termos da LGL, a concorrência se aplica: (i) para contratos de alto valor (art.23, I, “c”, e II, “c”, e § 6º); (ii) para contratação de parcela de obra, de serviço ou de compra cuja soma das parcelas atinja o valor previsto para esta modalidade (art.23, §§ 2º e 5º); (iii) para contratação de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, desde que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (art.23, § 5º); (iv) para o registro de preços (art.15, § 3º, D); (v) para compra ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (arts. 17, I, e 23, § 3º).⁵⁵

A tomada de preço, prevista no §2º do art. 22 da LGL, é a modalidade de licitação que possibilita aos interessados, já previamente cadastrados ou os que atenderem as condições

⁵⁰ JUSTEN FILHO, 2010, p. 462.

⁵¹ MEIRELLES, 2010, p. 268.

⁵² MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 102.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 569; MOREIRA; GUIMARÃES, op. cit. p. 102; ARAÚJO, 2014, p. 618; MEDAUAR, 2006, p. 183.

⁵⁴BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015;

⁵⁵ MOREIRA; GUIMARÃES, op. cit., p. 103.

para o cadastramento até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas, participar do certame licitatório. Essa modalidade de licitação prevê uma certa restrição à participação dos licitantes, uma vez que requer a habilitação prévia destes (nos moldes do art. 34 da Lei 8.666/93) ou que eles realizem o cadastramento (preenchendo as condições exigidas) até o terceiro dia anterior à data das propostas. Essa modalidade é prevista para contratos com valor logo inferior aos previstos para a concorrência, entretanto, o que as distingue e caracteriza a tomada de preço é a habilitação preliminar.⁵⁶

O convite, por outro lado, é a modalidade mais simples, pois cabe nas situações que envolvem valores mais baixos. A administração, no procedimento, convoca três pessoas, no mínimo, para participar do certame, habilitadas ou não, que sejam operantes do ramo do objeto,⁵⁷ conforme previsão expressa do art. 23, § 3º da Lei n. 8.666/93, o qual dispõe:

“Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.”⁵⁸

Já a modalidade licitatória concurso, prevista no §4º do art. 22 da Lei 8.666/93, é utilizada para contratações onde há escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, mediante a contraprestação de prêmios ou remuneração dos ganhadores. Todas as informações deverão estar estabelecidas no edital, que deverá ser publicado na imprensa oficial com antecedência de, no mínimo, 45 (quarenta e cinco) dias. Observa-se, por oportuno, que o prêmio estabelecido não necessariamente terá valor econômico, também podendo constituir-se em honraria de natureza diversa.⁵⁹

A modalidade leilão, conforme art. 22, § 6º, da Lei 8.666/93, é a modalidade licitatória utilizada para quando a administração necessita realizar a venda ou alienação de seus bens móveis inservíveis, imóveis (previstos no art. 19 da Lei 8.666/93), ou produtos apreendidos e penhorados. O procedimento é célere, realizado de forma oral, haja vista que é preestabelecida uma data para o ato. O adquirente do bem será aquele que oferecer o maior

⁵⁶ MEIRELLES, 2010, p. 289; ARAÚJO, 2014, p. 627; PALAVÉRI, 2003, p. 68.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 571; ARAÚJO, op. cit., p. 627; DI PIETRO, 2012, p. 392; PALAVÉRI, op. cit., p. 73; MEIRELLES, op. cit., p. 91.

⁵⁸ BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, 2010, p. 470; MEIRELLES, op. cit., p. 93; ARAÚJO, op. cit., p. 630; DI PIETRO, op. cit., p. 393 e 394.

lance, igual, ou superior ao da avaliação, havendo vinculação dos licitantes às suas propostas, a não ser que seja formulada outra mais elevada.⁶⁰

Além destas, como dito, há a modalidade pregão, disciplinada pela Lei n. 10.520/02. Essa modalidade deverá ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, onde no edital puderem ser estabelecidos, objetivamente, os padrões de desempenho e qualidade do objeto licitado, podendo haver especificação pelos modelos usuais do mercado (§1 do art. 1º da Lei nº 10.520/02). Deste modo, é possível afirmar que a modalidade pregão poderá substituir, independentemente do valor do bem, qualquer uma das outras, desde que o objeto licitado seja aquisição de bens ou serviços comuns.⁶¹

A criação do pregão teve a finalidade de reduzir formalidades nos procedimentos licitatórios e, em consequência, torná-los mais céleres⁶². A disputa nessa modalidade dar-se-á através de uma sessão pública, que poderá ser presencial ou eletrônica, onde serão feitas propostas (lances) de forma instantânea, sendo escolhida a proposta que estipular o menor preço.⁶³

Por fim, a mais recente modalidade de licitação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro é o RDC, tema deste trabalho e que será abordada no capítulo posterior.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 37, XXI, a obrigatoriedade de se realizar licitação pública, com exceção dos casos de dispensa e inexigibilidade.⁶⁴ Portanto, a regra estabelecida é a da obrigatoriedade das licitações no direito brasileiro, sendo que a dispensa e inexigibilidade serão casos de exceções, que deverão estar previstos expressamente em lei.

A hipótese de dispensa ocorre quando, ainda que haja possibilidade de disputa entre os licitantes, a lei faculte ou obrigue a realização da dispensa, conforme suas duas modalidades: a licitação dispensável, quando o administrador, no uso de sua discricionariedade, poderá escolher se realizará a dispensa ou não; e a licitação dispensada, na qual a própria lei obriga a dispensa da licitação, sendo o ato da dispensa um ato vinculado do administrador.⁶⁵ Ressalta-

⁶⁰ DI PIETRO, 2012, p. 394; ARAÚJO, 2014, p. 631; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 525; JUSTEN FILHO, 2010, p. 471.

⁶¹ PALAVÉRI, 2003, p. 85.

⁶² MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 111.

⁶³ DI PIETRO, op. cit., p. 394; MEIRELLES, 2010, p. 96 e 97; BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 527.

⁶⁴ PALAVÉRI, op. cit., p. 107; DI PIETRO, op. cit., p. 370; MEIRELLES, op. cit., p. 101; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.153.

⁶⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 387; PALAVÉRI, op. cit., p. 110; MEIRELLES, op. cit., p. 101; JUSTEN FILHO, 2008, p. 287; MORAES, op. cit., p.154.

se que, em ambas as modalidades, as possibilidades de utilizá-las são taxativas, vindo estabelecidas nos arts. 17, II, e 24 da LGL.

Para melhor didática, o doutrinador Marçal Justen Filho divide as hipóteses de dispensa em quatro categorias: (a) quando o custo econômico da licitação foi maior que o benefício que dela irá advir (incisos I e II); (b) quando a demora na licitação possa tornar ineficaz a contratação (incisos III, IV, XII e XVIII); (c) quando inexista benefício em virtude da licitação (incisos V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX); (d) quando a contratação não for orientada pela vantajosidade econômica, pois o Estado busca a realização de outros fins (incisos VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII)⁶⁶

A inexigibilidade, de outro modo, é utilizada quando não há viabilidade de competição entre os licitantes, seja pela natureza peculiar do contratante ou do objeto⁶⁷. No entendimento de Hely Lopes Meirelles, “há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Em suma, falta o pressuposto da competição”.⁶⁸ O art. 25 da Lei n. 8.666/93⁶⁹ traz um rol exemplificativo de hipóteses de inexigibilidade.

Por fim, cumpre referir a necessidade de o gestor público motivar e justificar o seu ato quando quiser valer-se de uma hipótese de dispensa ou de e inexigibilidade, conforme estabelece o art. 26 da LGL, demonstrando, de forma concreta, a necessidade de utilização de uma das hipóteses dos arts.17, II, 24 e 25 da Lei.⁷⁰

3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Quando o Brasil foi escolhido para ser sede da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, surgiu a obrigação, em

⁶⁶ JUSTEN FILHO, 2010, p. 438.

⁶⁷ PALAVÉRI, 2003, p. 148; ARAÚJO, 2014, p. 605; MORAES, 2006, p.155.

⁶⁸ MEIRELLES, 2010, p. 376.

⁶⁹ Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para contratação de serviços técnicos enumerados no art.13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁷⁰ PALAVÉRI, op. cit., p. 148; DI PIETRO, 2012, p. 385; MORAES, op. cit., p.154.

razão do compromisso assumido, de realizar as obras necessárias com máxima agilidade e efetividade, para proporcionar uma boa e adequada infraestrutura na realização daqueles grandes eventos.

Assim, para cumprir o que fora prometido, impôs-se a necessidade da criação de um instrumento que proporcionasse maior agilidade para as contratações públicas, haja vista que a Lei 8.666/93 não estava cumprindo satisfatoriamente o quesito agilidade. Deste modo, criou-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), através da Lei 12.462/11.

3.1 Aspectos Gerais e Princípios Aplicáveis

O compromisso assumido pelo país demandou, por óbvio, a construção de um complexo de obras capazes de permitir a prática de variadas atividades esportivas, as quais devem ser realizadas da melhor forma possível:⁷¹

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 destes 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 destes eventos, turistas de todos os quadrantes do mundo afluirão ao território nacional e aos locais de realização dessas competições. Isso demandará construção, ampliação ou melhoria de portos, aeroportos, rodovias, sistema viário, transporte público, acomodação pública e privada, dentre outras.⁷²

Assim, em virtude das grandes obras a serem realizadas, as quais, segundo o primado republicano, devem realizar-se por meio de procedimento licitatório, emergiu a necessidade de criar um instrumento que proporcionasse mais agilidade para as contratações públicas. Como já dito anteriormente, a LGL, em virtude da sua morosidade e burocracia, estava deixando a desejar no aspecto da eficiência, o que era extremamente necessário para realização concreta desses eventos.⁷³

⁷¹ ARAÚJO, 2014, p. 639 e 640; ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 15.

⁷² ZOCKUN, op. cit., p. 15.

⁷³ ARAÚJO, op. cit., p. 640; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ROSILHO, André Janjácómo. *Existe Licitação para além da Lei 8.666/93?*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990_Guilherme_e_Andre_Existe_licitacao_para_alem_da_8666_-_v..pdf> Acesso em: 15/07/2014.

Assim, foi criada a nova modalidade licitatória de Regime Diferenciado de Contratações Públicas, através da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, que foi fruto da conversão da MPV nº 527.⁷⁴ Salienta-se, por oportuno, que o RDC não revogou disposição de leis anteriores, mas sim estabeleceu um novo regime, aplicado a um conjunto, até então, limitado de licitações.⁷⁵

Em consequência à finalidade inicial de fazer frente a contratações das obras dos aludidos eventos, a nova modalidade licitatória também poderia ser utilizada para obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições.⁷⁶ Porém, o objetivo inicial da criação do RDC foi modificado, haja vista que várias alterações foram feitas, através de outras medidas provisórias, que acabaram por alterar significativamente o texto original da Lei 12.462/11, o que será abordado posteriormente.

Por outro lado, sobre a base principiológica do RDC, tem-se no art. 3º da Lei 12.462/11 o rol de princípios que deverão ser observados nessas contratações. São eles o 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.

É perceptível que os princípios a serem perseguidos por esse regime são praticamente os mesmos da LGL, acrescidos dos da eficiência e da economicidade. Entretanto, importante referir que, nas Licitações de maneira geral, tais princípios já são observados, dado estarem previstos no caput do art. 37 e no art. 70 da Constituição Federal.

Além dos princípios, dentro do RDC há a previsão de objetivos e diretrizes a serem observados em todas as contratações realizadas, sendo que os primeiros encontram-se no §1º do art. 1º⁷⁷ e as segundas no art. 4º⁷⁸, ambos da Lei. 12.462/11.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 421.

⁷⁵ MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 42.

⁷⁶ ARAÚJO, 2014, p. 641; DI PIETRO, op. cit., p. 421; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 18.

⁷⁷ § 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. Cf. BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁷⁸ Art.4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas; II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente; III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao

É possível perceber, pela leitura do art. 4º, que as diretrizes amparam-se nos princípios da segurança jurídica, quando relacionadas às padronizações; no da eficiência, quando estabelece a remuneração variável pelo desempenho; e no da economicidade, quando se fala da busca pela maior vantagem financeira para a Administração.⁷⁹

Diante dessas ponderações, demonstra-se nítida a persecução do RDC pela eficiência, pois os objetivos e diretrizes tradicionais não foram apenas repetidos pelo novo regime, mas, sim, vieram para potencializar as ferramentas criadas, ferramentas essas destinadas a pôr em operação as premissas perseguidas, e assim gerar-lhes perspectivas de efetividade prática e não apenas conceitual.⁸⁰

Salienta-se, de outro modo, que a busca pela eficiência não é algo criado recentemente, haja vista que a insistência na sua aplicação vem desde a Reforma Gerencial do Estado ocorrida em 1995, e buscou a transição da administração burocrática para uma administração gerencial, calcada na busca por uma administração mais eficiente⁸¹.

Deste modo, verifica-se que a simpatia pela utilização de instrumentos, os quais procuram buscar, antes de mais nada, a efetivação da eficiência na contratação do serviço público, mostra que, cada vez mais, a legislação brasileira tem caminhado no sentido de alcançar os objetivos fundados em modelo gerencial, sobretudo no sentido de concretizar o princípio da eficiência.⁸²

Enfim, nota-se, após toda essa análise, que o RDC foi além no que tange a estabelecer expressamente os princípios, objetivos e diretrizes - os quais têm o escopo de perscrutar mais eficiência -, pois ele criou, de fato, instrumentos (dispositivos) que podem tornar possível a consecução dos objetivos e princípios estabelecidos. Entretanto, a efetividade do instrumento

índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art.10 desta Lei; V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala. Cf. BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira; FREITAS, Rafael Vêras de. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 9-36, out/dez. 2011. p. 34.

⁸⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. 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. p. 71.

⁸¹ PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Presidência da República Federativa do Brasil, 1995. Disponível em; <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁸² GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27.

dependerá da aplicação pelos gestores, pois a vontade do legislador, por si só, não basta. Para haver um resultado positivo deve existir um comprometimento na aplicação do que fora estabelecido pelo Poder Legislativo.

3.2 Principais Dispositivos Legais

Como já referido, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi criado com a finalidade de dar maior celeridade e efetividade às licitações públicas que ocorreram em virtude da Copa do Mundo de 2014 e eventos correlatos. Deste modo, para que a efetividade fosse possível, foram criados alguns dispositivos (ferramentas) otimizadoras das licitações.

Em meio às novidades criadas pelo RDC é possível delinear alguns dispositivos, os mais importantes, que versam sobre: caráter sigiloso do orçamento, a possibilidade de escolha da marca ou modelo, a preferência para utilização da contratação integrada, a remuneração variável, a possibilidade de contrato de eficiência e a inversão de fases.⁸³

O dispositivo que permite a possibilidade de caráter sigiloso no orçamento das contratações, o qual originou grandes discussões, é o primeiro a ser estudado e o mais polêmico de todos. É tão debatido que se trata de um dos pontos principais da ADI nº 4.645, na qual se sustenta que viola o princípio da publicidade, norteador dos atos e contratações realizadas pela administração pública.

A publicidade, dentro do sistema administrativo brasileiro, prevê o acesso e a participação dos cidadãos nas atividades da administração, sendo apenas possível o sigilo em caráter excepcional. Ou seja, no sistema licitatório aplicável à Administração Pública brasileira, a publicidade dos atos é regra, sendo o sigilo somente permitido em caráter de exceção. Com efeito, nas licitações regidas pela Lei 8.666/93, a publicidade do valor dos contratos é uma informação obrigatória e básica no certame licitatório.⁸⁴

Assim, é possível afirmar, no caso do RDC, que é relativa a aplicação do princípio da publicidade, tudo em razão do exposto no art. 6º, caput, e §3º, da Lei 12.462/11.⁸⁵ Pela leitura

⁸³ CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. *Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência*. Revista controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Volume X. nº 2-Jul/Dez 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2061-artigo-9-regime-diferenciado-de-contratacoes-breves-comentarios-a-excecao-que-virou-tendencia?Itemid=592>> . Acesso em: 15/07/2014.

⁸⁴ CELESTINO, 2012.

⁸⁵ Art.6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. § 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo

do dispositivo, é perceptível que o orçamento permanecerá sigiloso até a conclusão do procedimento licitatório, - excetuados os casos de julgamento por maior desconto (§1º); se o tipo de licitação for por melhor técnica (§2º) ou se tiver previsão no instrumento convocatório (§3º). O acesso às informações, durante o trâmite licitatório, é dado apenas aos órgãos de controle interno e externo, o que dificulta, segundo alguns autores, outros órgãos e até mesmo os cidadãos de realizarem o controle e terem informações conforme preconiza o princípio da publicidade.⁸⁶

A próxima alteração trazida pela Lei 12.462/11 é a possibilidade de escolha de marca e modelo nas licitações aplicáveis ao RDC. Salienta-se, inicialmente, que não é possível esse tipo de escolha nas licitações e contratos regidos pela LGL, excetuados casos de necessidade previstos nos arts. 7, § 5º⁸⁷, e 15, § 7º, I da Lei 8.666/93.⁸⁸

A previsão dentro do RDC está no art. 7º, I, “a” “b” e “c” da Lei n. 12.462/11⁸⁹, o qual prevê a possibilidade da indicação da marca ou modelo apenas nas licitações para a aquisição de bens, onde (a) houver a necessidade de padronização, (b) a marca/modelo for a única capaz de atender às necessidades, ou (c) a descrição do objeto puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo para servir de referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”⁹⁰.

constará do instrumento convocatório. § 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório. § 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. Cf. BRASIL, *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁸⁶ ARAÚJO, 2014, p. 645; REZENDE, Renato Monteiro de. *O regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Agosto de 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatorio_-_Assessoria_Legislativa_do_Senado_-_Renato_Rezende.pdf>. Acesso em: 15/07/2014.

⁸⁷ Lei n. 8666/93. Art.7º [...] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁸⁸ Lei n. 8666/93. Art.15 [...]§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; [...]. Cf. BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁸⁹ Art.7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade” Cf. BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁹⁰ REZENDE, 2011.

Entretanto, Antônio Carlos Cintra do Amaral alude não haver distinção, no que tange à possibilidade da indicação da marca ou modelo, na previsão estabelecida pela Lei 8.666/93 e na da Lei 12.462/11. Ele alega que, no caso da Lei 8.666/93, a regra é a vedação da especificação da marca ou modelo, excetuados os casos em que a administração somente puder alcançar o interesse público com a aquisição e um determinado bem de marca ou modelo específico, assim como ocorre, genericamente, no RDC. Em suma, em ambas disposições legais, somente haverá a indicação da marca ou modelo quando houver necessidade para a administração pública, desde que haja, é claro, a devida fundamentação.⁹¹

Outra modificação trazida pela Lei 12.462/11 é a possibilidade da contratação integrada, a qual não se encontra prevista na LGL. Entretanto, esse dispositivo não é novidade no direito brasileiro, pois o Decreto n. 2.745/98, que trata do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás traz a possibilidade de contratação integrada, desde que, economicamente favorável⁹². O referido decreto dispõe assim:

Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.⁹³

Nesse sentido, a contratação integrada, que tem previsão no art. 8º da Lei 12.462/11⁹⁴, consiste no fato de a mesma empresa realizar ambos os projetos, o básico e o executivo, e ainda realizar a execução da obra e dos serviços de engenharia, e todas as outras intervenções precisas para a entrega final do objeto.⁹⁵

⁹¹ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.20.

⁹² DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.81.

⁹³ BRASIL. *Decreto n. 2.745*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁹⁴ Lei 12.462/11. Art.8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário; II - empreitada por preço global; III - contratação por tarefa; IV - empreitada integral; ou V - contratação integrada. Cf. BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁹⁵ DAL POZZO, op. cit., p.82; REZENDE, 2011; ARAÚJO, 2014, p. 646.

Além de trazer a inovação da contratação integrada, a Lei 12.462/11 ainda trouxe, no §1º do art. 8º, um sistema de preferência para contratação integrada, empreitada por preço global e empreitada integrada, conforme dispõem: “Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo”⁹⁶.

A próxima modificação trazida pela Lei do RDC é a remuneração variável, cuja utilização é proibida na LGL, conforme estabelecido no art. 55, III. O referido dispositivo estabelece que todo contrato deve conter cláusula que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”⁹⁷.

No entanto, a remuneração variável estabelecida no art. 10, caput, da Lei 12.462/11, é a possibilidade de a remuneração poder variar conforme o desempenho da empresa contratada, tendo como base as metas, padrões, critérios de sustentabilidade e prazo de entrega, previamente estabelecidos no instrumento convocatório. Ou seja, o dispositivo consiste na possibilidade de ser estabelecido, de forma justificada e vinculada⁹⁸, o recebimento pela empresa contratada de um “bônus”, conforme for seu desempenho, o qual será aferido com base nos critérios previstos no contrato⁹⁹. Divergindo desta possibilidade, Renato Monteiro de Rezende argumenta que:

A Lei não descreve suficientemente bem como seria essa sistemática de remuneração variável, remetendo sua disciplina ao edital e ao contrato. Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta. [...]pode-se questionar a criação de um regime como esse, sob a perspectiva de que ele tornaria a inexecução do objeto um evento normal e sujeito a uma disciplina específica no tocante à remuneração do contratado, quando na verdade a inexecução do contrato, ainda que parcial, deve ser vista como uma falta, punível na forma da lei. Ademais, a previsão do limite orçamentário fixado pela Administração como teto para os pagamentos permite interpretações de que a remuneração poderia exceder o valor da proposta vencedora (considerando-se

⁹⁶ BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

⁹⁷ BRASIL. *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁹⁸ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 89.

⁹⁹REZENDE, 2011.; CELESTINO, 2012.

que o valor da proposta vencedora deve ser inferior ao valor orçado), deixando aberta a possibilidade de fraudes.¹⁰⁰

Por outro lado, em que pese a importante ponderação do autor, destaca-se que o ato de avaliação, após o cumprimento do contrato, terá natureza vinculada, pois o administrador deverá realizar a concessão da remuneração variável quando houver o cumprimento do determinado previamente no contrato, independentemente do seu juízo subjetivo sobre o caso.¹⁰¹

Há também, como mecanismo inovador, a possibilidade de contrato de eficiência (art. 23 da Lei nº 12.642/11¹⁰²), o qual possibilita a vinculação da remuneração do contratado à obtenção de um resultado futuro.

No contrato de eficiência, diferentemente do contrato de remuneração variável, há uma obrigação do particular contratado de proporcionar diminuição de custos para a Administração Pública, sendo que a remuneração irá variar conforme o resultado obtido nessa redução de gastos. Por outro lado, no contrato de remuneração variável, o contratado poderá ter seu pagamento aumentado de um “bônus” caso atinja metas preestabelecidas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao falar sobre o contrato de eficiência, observa que:

Não é muito fácil entender como se concretizará a apresentação das propostas para esse tipo de julgamento. Tanto a elaboração do instrumento convocatório como a apresentação das propostas e seu julgamento exigirão conhecimentos técnicos altamente especializados. Isto porque o Regulamento exige que o instrumento preveja parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado (art.36, §3º).¹⁰³

¹⁰⁰ REZENDE, 2011.

¹⁰¹ AURÉLIO, 2014, p. 89.

¹⁰² Art.23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. § 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento. § 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato. Cf. BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁰³ DI PIETRO, 2014, p. 452.

O mecanismo da inversão de fases (art. 12¹⁰⁴ da Lei 12.462/11), outro instrumento criado para agilizar as contratações, estabelece que, no RDC, como regra geral, diferentemente do que ocorre na LGL, a fase de habilitações ocorrerá após o julgamento das propostas, como é realizado no caso da modalidade de pregão trazida pela legislação de 2002.

As licitações feitas pelas modalidades estabelecidas na Lei 8.666/93 devem obedecer a um procedimento, e, em consequência, respeitar determinadas fases, nessa ordem: (I) preparatória; (II) publicação do instrumento convocatório; (III) apresentação de propostas ou lances; (V) habilitação; (IV) julgamento; (VI) recursal; e (VII) encerramento. Deste modo, verifica-se que, pela Lei Geral de Licitações, o preenchimento das exigências da habilitação é requisito para que a proposta seja julgada.

Porém, de forma oposta, o RDC traz como regra geral o julgamento antes da habilitação, agilizando o trâmite licitatório, visto que a fase de habilitação é a fase mais complexa da licitação. Entretanto, deve ser destacado que há exceção a essa regra, a qual está disposta no §1º do art. 12, ou seja, há possibilidade de a fase da habilitação se dar anteriormente à fase do julgamento, como ocorre normalmente nas licitações previstas pela LGL, desde que haja ato motivado do gestor público.¹⁰⁵

Por fim, a última inovação importante trazida pela Lei 12.642 é a unicidade da fase recursal. A previsão legislativa encontra-se no art. 27, no sentido de que “salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor”¹⁰⁶. Na Lei 8.666/93, há possibilidade de interposição de recurso durante todo o procedimento licitatório; no RDC, como regra geral, haverá uma única fase recursal, isto é, somente após a habilitação, mediante manifestação do recorrente no ato.

No entanto, ressalta-se que, quando houver a inversão de fases no RDC, possibilidade abordada anteriormente, onde a fase de habilitação será anterior à fase de julgamento – como ocorre, em regra, na LG -, não haverá uma única fase recursal, o que possibilita a interposição de recursos a qualquer momento, como ocorre na Lei 8.666/93¹⁰⁷. No que tange à fase recursal única, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assegura que:

¹⁰⁴ Art.12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento. 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. Cf. BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁰⁵ REZENDE, 2011.

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁰⁷ DI PIETRO, 2014, p. 464.

Além disso, a Lei inova ao exigir que os licitantes manifestem imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão, quando desejarem recorrer do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados, do ato de habilitação ou inabilitação de licitante e do julgamento das propostas. Também garante expressamente o direito de apresentação de contrarrazões, no mesmo prazo de interposição do recurso, começando a correr imediatamente após o encerramento do prazo recursal. Na realidade, o prazo para contrarrazões deveria começar a correr a partir de quando os licitantes são intimados da interposição do recurso, pois não há como recorrer sem conhecer previamente as razões do recurso.¹⁰⁸

Diante do exposto, após a abordagem das principais inovações trazidas pela Lei 12.642/11, passa-se, nesse momento, à análise das hipóteses em que esse novo regime pode ser utilizado, bem como a expansão de sua incidência, a qual resultou na alteração do art. 1º da legislação em comento.

3.3 Expansão da Incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Criado com a finalidade de conferir celeridade às contratações públicas para as obras dos já mencionados eventos esportivos, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído a partir da previsão original do art. 1º da Lei 12.642/11, *in verbis*:

Art.1o É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
 I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
 II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
 III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.¹⁰⁹

Pela análise do artigo acima transcrito, é possível concluir, no que se refere às hipóteses dos incisos I e II, que ambas se referem à possibilidade de o gestor público, com base na sua discricionariedade, eleger as obras e serviços a serem contratadas com base no RDC, desde que dentro dos parâmetros permitidos pelo artigo.

¹⁰⁸ DI PIETRO, 2014, p. 464.

¹⁰⁹Texto original da Lei. n. 12.462/11 Cf. BRASIL. Lei n. 12.462, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014;

O inciso I remete à existência de uma Autoridade Pública Olímpica (APO) que definirá a “Carteira de Projetos Olímpicos”, os quais não eram conhecidos, mas que a definição deveria ser feita consoante procedimento definido na Lei que criou a APO (Lei 12.396/11).¹¹⁰ Assim, a APO deverá, conforme estabelecido na referida legislação, apresentar a certa de projetos ao Conselho Público Olímpico, órgão colegiado formado por Chefes dos Poderes Executivos, que definirão quais obras poderão ser ou não utilizadas pelo RDC.

Entretanto, oportuno observar que essa possibilidade não agradou alguns juristas, motivo pelo qual há suscitação de possível inconstitucionalidade nesse aspecto, pois não é a legislação que está estabelecendo quais as contratações irão utilizar-se do RDC de forma objetiva, e sim a discricionariedade dos gestores.¹¹¹

A lei delegou aos administradores públicos competência do Congresso Nacional, pois transpassou, ao não estabelecer parâmetros de utilização do RDC, a terceiros (Administração Pública) a possibilidade de qualificar e utilizar o RDC em quaisquer obras, serviços ou bens necessários aos eventos.¹¹²

Ademais, quanto à compreensão do inciso II, observa-se que a interpretação deverá ser realizada da mesma forma que a do inciso I, haja vista que ele traz a possibilidade de utilizar o RDC em obras públicas definidas pelo “Grupo Executivo – GEOCOPA 2014”, restringindo a aplicação somente àquelas constantes em uma matriz de responsabilidades. Essa previsão, igualmente à outra, não assegura distinguir quais são as contratações sujeitas ao Regime Diferenciado, pois:

[...] a própria Controladoria Geral da República admite que os valores e projetos apresentados nas matrizes de responsabilidades serão utilizadas a medida em que novas ações forem incluídas. Demais disso, já foram celebrados sucessivos aditivos e revisões às matrizes de responsabilidade dos Estados e Municípios junto à União. ”¹¹³

Por outro lado, o inciso III estabelece, de forma bem definida, que o RDC poderia ser aplicado às obras de infraestrutura de aeroportos para as capitais dos estados que estivessem distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades onde ocorriam os jogos.

¹¹⁰ ANDRADE; VELOSO, 2012.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² ZOCKUN, 2014. p. 41.

¹¹³ ANDRADE; VELOSO, 2012.

Em que pese a existência do inciso III, “é inquestionável a conclusão no sentido de que o mencionado dispositivo legal acabou conferindo ao administrador a prerrogativa de delimitar, ao seu talante, as fronteiras de incidência das normas do RDC”¹¹⁴

A aplicabilidade do Regime Diferenciado, com a sua redação original, no que tange ao seu período de vigência, não era algo de enfoque na doutrina. Entretanto, após várias alterações, a situação foi modificada. Inicialmente, o entendimento era de que a vigência do RDC era temporária, vindo a se extinguir após a ocorrência dos eventos esportivos¹¹⁵:

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, 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 e da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.¹¹⁶

Assim, pelo abordado, é possível dizer que o término do RDC deveria ocorrer após a realização da Copa do Mundo e dos eventos correlatos. Nessa linha, não haveria dúvidas quanto o seu aspecto temporal, pois, após os eventos esportivos, não haveria fundamento legal para a utilização desse Regime.¹¹⁷

Até 2012, o entendimento era praticamente pacífico no sentido de que a aplicação do RDC seria temporária. No entanto, após alterações na sua incidência, trazidas pelas Leis 12.688/12, 12.722/12, 12.745/12 e 12.980/14, o entendimento doutrinário acerca do tema se modificou. Hoje, o atual campo de incidência do Regime Diferenciado, conforme art.1º da Lei 12.462/11, está assim definido:

Art.1o É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
 I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
 II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
 III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

¹¹⁴ ZOCKUN, 2014, p. 42.

¹¹⁵ ARAÚJO, 2014, p. 641; DI PIETRO, 2014, p. 421; JUSTEN FILHO, 2014, p. 18.

¹¹⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 440.

¹¹⁷ ANDRADE; VELOSO, op. cit.

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

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

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

[...]

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. (Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012)¹¹⁸

Assim, além de incidir sobre as obras dos eventos esportivos, o RDC poderá ser aplicado para as ações integrantes do PAC; para realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e para obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; para obras e serviços de engenharia para construção e ampliação de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, bem como para obras no âmbito do sistema público de ensino.¹¹⁹

A grande problemática, com o que os doutrinadores administrativistas têm se deparado, é que o RDC foi criado com a característica de urgência e temporariedade¹²⁰. Todavia, em virtude destas alterações quanto à incidência, há de se pensar em uma possível incorporação do RDC ao sistema pátrio, dado que os gestores têm dado grande preferência à utilização do RDC¹²¹. Porém, isso deve ser analisado com cautela, pois é necessário observar a existência de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pendentes de julgamento, que discutem a possível violação à Constituição Federal.

4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Como já abordado anteriormente, a necessidade de agilização das contratações públicas do Brasil, embora inicialmente aplicável apenas para as obras relacionadas aos eventos esportivos, fez surgir o RDC, tratado como uma nova modalidade de licitação e que trouxe sensíveis inovações em relação ao que já estava preestabelecido e consagrado na LGL.

É necessário ponderar que várias alterações são positivas, dentre elas o mecanismo da remuneração variável, a possibilidade da contratação integrada e do contrato de eficiência, e

¹¹⁸ BRASIL. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014;

¹¹⁹ DI PIETRO, 2014, p. 421; ARAÚJO, 2014, p. 640 e 641.

¹²⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 641.

¹²¹ CELESTINO, 2012.

que até poderiam estar presentes na LGL, que possui proposta de alteração há anos e permanece pendente de deliberação pelo Senado:

A nova Lei possui algumas inovações positivas e que bem poderiam constar da própria Lei Geral. Conquanto já se encontrasse pendente de deliberação, pelo Senado Federal, projeto de reforma da Lei nº 8.666, de 1993, o Governo resolveu optar pela via rápida do processo legislativo das medidas provisórias, convencendo sua base congressual a inserir no texto da MPV nº 527, de 2011, a nova regulação das licitações e contratos para os mencionados eventos desportivos.¹²²

Entretanto, esse novo regime suscitou diversos questionamentos a respeito da inconstitucionalidade de seus dispositivos e da sua forma de criação, ensejando o ajuizamento das ADIs de nº 4645, promovida pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, e nº 4655, proposta pelo Procurador Geral da República. Ambas questionam a inconstitucionalidade formal e material da Lei 12.462/11, cujos fundamentos serão abordados e discutidos.

Porém, imperioso fazer referência, antes da análise dos argumentos em si, sobre o que é a ADI, sobre a possibilidade de medida liminar e quais os possíveis efeitos, no ordenamento jurídico, na sua decisão final, sendo ela julgada procedente ou improcedente.

A ADI é uma ação típica do controle de constitucionalidade abstrato (concentrado) brasileiro¹²³, que visa defender a segurança jurídica, através da apreciação pelo STF, da possível inconstitucionalidade de ato normativo ou lei, federal ou estadual, que possa estar violando a Constituição Federal.¹²⁴

Há possibilidade, dentro da ADI, de ser requerido pedido liminar (Art.102, I, “p” da Constituição Federal), desde que se demonstre o “fumus boni juris” e “periculum in mora”. A força dessa medida antecipatória, se deferida, suspenderá a eficácia da lei ou ato até o julgamento definitivo da ADI, e tornará aplicável a legislação anterior a esta¹²⁵, caso seja

¹²² REZENDE, 2011.

¹²³ O controle concentrado (abstrato) é uma das formas do controle de constitucionalidade admitido no Brasil, haja vista que é possível se feito o controle de constitucionalidade, o qual possui o objetivo de verificar a compatibilidade entre a lei ou ato normativo com as disposições constitucionais, de duas formas: O controle abstrato, que está sendo estudado no presente trabalho, e, o controle difuso (concreto), que é quando essa compatibilidade é feita em qualquer instância do Poder Judiciário, mediante a existência de um caso concreto, podendo ser arguido em via de defesa ou exceção dentro do processo judicial. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.744-754; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1221-1225.

¹²⁴ MORAES, op. cit., p. 757; MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.1264.

¹²⁵ O Fato de fazer voltar a vigorar a lei anterior à lei em que se está discutindo a constitucionalidade é o efeito repristinatório, o qual não é permitido no Brasil, exceto nesse caso específico. Cf. MORAES, op. cit., p. 774.

existente¹²⁶, excetuadas as situações em que houver manifestação expressa e contrária do STF.¹²⁷

No caso das ADIs nº 4645 e 4655, houve o requerimento de medida liminar. Por exemplo, destaca-se a ADI ajuizada pelo Procurador Geral da República Roberto Gurgel (nº 4655), com dois fundamentos para a medida liminar a fim de suspender a eficácia da Lei 12.642/11 até o final do julgamento da ação. Conforme preconizado nessa ação, se as contratações fossem realizadas pelo RDC, haveria comprometimento ao patrimônio público, o qual justifica a análise e utilização do requerimento da medida liminar. Ademais, argumentou-se que existe a ‘necessidade de se garantir aos gestores segurança para que deem início, de fato, às licitações e consequentes obras, serviços e atividades voltadas à Copa do Mundo FIFA (Fédération Internationale de Football Association) 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016’¹²⁸. Porém, em que pese já tenha havido o recebimento das ADIs através do rito previsto no art. 12 da Lei 9.868¹²⁹, até o momento não há deliberação a respeito do pedido liminar.

Nada obstante a atual ausência de julgamento em sede liminar, é importante abordar sobre os efeitos que o julgamento definitivo das referidas ADIs poderão causar no mundo jurídico e nas contratações já feitas até a data.

As decisões definitivas nas ADIs serão, em regra, “erga omnes” (oponíveis contra todos), “ex tunc” (efeitos retroagem até a data da promulgação da lei) e com efeito vinculante (a decisão vinculará o entendimento julgado aos tribunais e órgãos da administração pública em casos posteriores).¹³⁰

Entretanto, em casos excepcionais, poderão os efeitos da decisão, conforme art. 27 da Lei 9.868/99, em razão de segurança jurídica e interesse social, serem “ex nunc” (não retroagirão, sendo aplicada para casos que surgirem após a decisão) ou possuírem efeitos “pró futuro” (sendo determinada uma data futura, após o trânsito em julgado, para que o

¹²⁶ Não há lei preexistente ao RDC, logo, em uma possível medida antecipatória não haveria esse efeito. Observa-se que a Lei 8.666/93 não pode ser considerada lei preexistente ao RDC, pois ela é a Lei Geral, que não foi revogada com a criação do RDC.

¹²⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1291; MORAES, 2011, p. 775.

¹²⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹²⁹ Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. [...] Art.12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. Cf. BRASIL. *Lei 9.869*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 10/04/1015.

¹³⁰ MORAES, op. cit., p. 783-787; MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1292.

juízo da inconstitucionalidade surta seus efeitos). A possibilidade da existência dessas exceções, no que concerne aos efeitos da decisão, advém da teoria da anulabilidade, que vai contra ao estabelecido na teoria da nulabilidade¹³¹. A anulabilidade determina que o:

(...) ato normativo é provisoriamente válido e produz efeitos vinculantes aos seus destinatários até que seja proferida decisão reconhecendo sua inconstitucionalidade. Portanto, a norma inconstitucional é anulável, convalidando-se de forma válida os efeitos normativos produzidos até a decisão que declara sua inconstitucionalidade, pelo que, aludida decisão tem caráter desconstitutivo (ou constitutivo-negativo).¹³²

Assim, se definida a inconstitucionalidade do RDC, há de se esperar o efeito aplicado pelo STF, se retroativo (*ex tunc*) ou não (*ex nunc*), acreditando-se que a Corte Suprema, por coerência e pela dificuldade em desfazer os contratos e obras já realizados pelo RDC, optará pela prolação de uma decisão com efeitos “*ex nunc*”, aplicável apenas para as próximas contratações.

4.1 Quanto à Inconstitucionalidade Formal

A Constituição Federal estabelece as formas de como deverá ocorrer a produção legislativa, a definição das competências para a criação, bem como o procedimento a ser observado para essa produção. Assim, quando se fala em inconstitucionalidade formal, fala-se em falhas ou vícios que podem ocorrer dentro do procedimento legislativo, isto é, quando há criação de leis ou normas em desconformidade com os procedimentos estabelecidos. Enfim, a inconstitucionalidade formal nada mais é do que uma violação grave, muitas vezes insanável, ao devido processo legislativo.¹³³

No caso RDC, os principais argumentos debatidos sobre a inconstitucionalidade formal são referentes ao procedimento da sua criação, bem como a competência do legislador federal para criá-la, ambos discutidos nas ADIs já referidas.

Sobre o procedimento para a elaboração, cumpre referir que a Lei 12.462 é oriunda da Medida Provisória (MPV) nº 527, de 2011, a qual, em seu texto original, limitava-se a criar a

¹³¹ “A teoria da nulidade assevera que o ato normativo inconstitucional tem sua validade abalada *ab initio*, sendo ato que já nasceu viciado e, portanto, insuscetível de gerar qualquer efeito válido, sendo que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório, certificando a incompatibilidade vertical entre o ato fiscalizado e a Constituição e, por corolário, gerando efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos).” Cf. GOMES, Anderson Ricardo. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: Relativização da teoria da nulidade do ato contrário à Constituição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7920>. Acesso em: 11/05/2015.

¹³² *Ibid.*

¹³³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1170-1172.

Secretaria de Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, e a autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo.¹³⁴

Diante disso, verifica-se que as normas referentes ao RDC não estavam incluídas no texto original da MPV. No entanto, durante a tramitação da mesma na Câmara dos Deputados, foi apresentado um projeto de lei para conversão, o qual acrescentou o RDC, que é um conjunto de disposições normativas sem correlação alguma com o texto original da MPV.¹³⁵

No trâmite da medida provisória, há possibilidades de haver emendas ao texto original; entretanto, exige-se que a alteração observe a pertinência temática, que é a vedação de emendas que versarem sobre matéria estranha à tratada originalmente na MPV.¹³⁶

O Sr. Procurador Geral da República, nos autos da ADI nº 4655, argumentou que a inclusão de matéria estranha à elaborada inicialmente na MPV afronta o devido processo legislativo (arts. 59 e 62 da CF) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF). Com efeito, essa violação ocorre, segundo ele, em razão de que a espécie normativa – medida provisória - é da iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir, também com exclusividade, quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio.¹³⁷

Corroborando essa ideia, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Partido Popular Socialista (PPS), suscitaram, nos autos da ADI nº 4645, que a MPV n. 527, de 2011, deixou evidente que o Executivo legisla ordinariamente, por meio de medidas provisórias, em flagrante desrespeito à Constituição Federal. O RDC, conforme invocam, não constava no texto originário da MPV, vindo a ser inserido no bojo do projeto de lei de conversão por emenda do relator, quando do oferecimento da proposição à deliberação do plenário. Assim, tendo em vista a violação do art. 62 da Constituição Federal, é possível perceber a inconstitucionalidade formal da MPV nº 527 e, por consequência, da Lei nº 12.462, de 2011.¹³⁸

¹³⁴ CELESTINO, 2012.

¹³⁵ REZENDE, 2011.

¹³⁶ MORAES, 2011, p. 701.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

Registre-se, ainda, que a existência de medidas provisórias com conteúdo tematicamente desconexo afronta enfaticamente os incisos I e II do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998, que busca evitar que matérias diversas componham um mesmo texto de lei¹³⁹, “o que ocorre in casu, já que não há como estabelecer um vínculo material entre normas de licitações dirigidas a diversos entes da Federação e a alteração da estrutura administrativa do poder executivo federal”¹⁴⁰

Noutro sentido, Maurício Zockun, embora afirme a existência de impertinência temática e a violação do art. 7º, II da Lei Complementar nº 95, defende que não há como o RDC ser entendido como inconstitucional por esse motivo. Alega que a inobservância dessas disposições pela Lei 12.462/11 não acarreta sua invalidade, pois a Lei complementar 95 não prevê sanção ao descumprimento de suas determinações, o que desautoriza o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, atribuindo sanção não disciplinada pela própria Lei.¹⁴¹

Feitas essas ponderações, observa-se que o entendimento defendido no presente trabalho é de que há inconstitucionalidade no RDC por violação no devido processo legislativo constitucional. Com efeito, a MPV 527 tratava da organização da administração Federal, não podendo, na emenda, ter sido aglutinada matéria completamente distinta da inicial, o que ocorreu, deixando-se de observar, assim, a pertinência temática exigida na edição de emenda em MPVs. Por isso, presente tal violação constitucional, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade já por esse motivo.

Já no tocante à inconstitucionalidade formal por vício de competência, é preciso que se observe a descrição do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, o qual prevê a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações.

Assim, antes de abordar a questão do vício de competência, é preciso que seja compreendido o conceito de norma geral, tema que já foi alvo de grandes discussões doutrinárias. Para tanto, utiliza-se a clássica definição do doutrinador Carvalho Pinto, que é trabalhada em afirmações negativas, a fim de que se possa compreender o que não é norma geral, facilitando, assim, a definição residual desta:

- a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;
- b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie;

¹³⁹ REZENDE, 2011.

¹⁴⁰ REZENDE, op. cit.

¹⁴¹ ZOCKUN, 2014. p. 37.

c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.¹⁴²

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, se a lei disciplinar questões envolvendo todos os indivíduos, é uma lei geral, entretanto, se ela tem o âmbito restrito a determinadas situações com particularidades, ela será uma lei especial.¹⁴³

Diante destes conceitos, e considerando que as disposições trazidas na Lei 12.462/11 traziam particularidades a determinadas pessoas jurídicas e a determinados eventos, era possível afirmar que a redação original do RDC não comportava normas gerais, e sim especiais. Confirmando o posicionamento, Rezende expõe que as normas:

[...] as que se impõem a apenas algumas pessoas jurídicas de direito público ou que visam, particularizadamente, determinadas situações, a Lei nº 12.462, de 2011, não pode ser considerada como composta por normas gerais. Ela estabelece disciplina diferenciada para os certames e contratos necessários à realização dos mencionados eventos desportivos (perspectivas objetiva e temporal). Não fixa normas que regulariam as licitações e contratos dos entes federados em geral, mas apenas daqueles onde serão realizados os eventos e construída a infraestrutura necessária à sua realização (perspectivas subjetiva e espacial). A proposição é, pois, limitada em quatro dimensões: objetiva, subjetiva, temporal e espacial.¹⁴⁴

No mesmo sentido, Maurício Zockun afirma que o RDC é lei especial, pois restringe a aplicação dessa nova modalidade apenas às contratações envolvidas para as obras de grandes eventos esportivos, deixando o seu campo de incidência muito restrito de situações fáticas, o que a faz se uma norma especial.¹⁴⁵

De tal modo, considerando que as normas contidas no RDC não são normas gerais, o legislador federal, ao criá-las, violou a matéria de competência determinada pela Constituição, o que geraria, em consequência, inconstitucionalidade formal. Com efeito, a Constituição estabelece que, no caso de normas de licitação, não qualificadas como gerais, que forem editadas pela União, apenas poderão ser dirigidas à administração pública federal, o que, para alguns doutrinadores, não foi observado no caso da Lei 12.462/11.¹⁴⁶

¹⁴² CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 41.

¹⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 272.

¹⁴⁴ REZENDE, 2011.

¹⁴⁵ ZOCKUN, 2014, p. 37.

¹⁴⁶ REZENDE, op.cit.

Entretanto, é preciso observar que todas essas abordagens feitas foram anteriormente à ampliação da incidência do RDC, a qual alterou muito o âmbito de sua aplicação. Conforme mencionado, hoje, além das obras de infraestrutura para os eventos esportivos que o ensejaram originariamente, o RDC incide nas obras de infraestrutura do PAC, do sistema público de ensino, do SUS e dos sistemas penitenciários e socioeducativos.

Logo, considerada a ampliação desse espectro, não é possível dizer que há violação do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, porque a vasta possibilidade de obras que o RDC pode incidir o torna uma norma geral, estando o legislador federal permitido a criá-la, nos termos do artigo acima referido.

4.2 Quanto à Inconstitucionalidade Material

A inconstitucionalidade material consiste na expressa incompatibilidade do conteúdo de uma legislação frente aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. Essa inconstitucionalidade ocorre entre o conteúdo trazido por uma lei e as normas ou princípios gerais estabelecidos pela Constituição, no caso em tela, a Lei 12.462/11. Havendo a inconstitucionalidade material, não há possibilidade de a referida lei, supostamente inconstitucional, continuar a existir, pois ela está contrapondo a Carta Magna, que deve ser preservada dentro da hierarquia normativa.¹⁴⁷

Os principais questionamentos realizados acerca da inconstitucionalidade material do RDC, através da ADI n° 4645, referem-se aos dispositivos que permitem o sigilo orçamentário e a contratação integrada. Por outro lado, a ADI n.º 4655 limitou-se a abordar a violação material da Constituição Federal pela preferência dada à contratação integrada.

A dita inconstitucionalidade do sigilo orçamentário, também conhecido como orçamento secreto, introduzido no ordenamento pelo disposto no art. 6º da Lei 12.462/11, é um dos pontos mais questionados do RDC. Alude-se que a discussão refere-se à quebra do princípio da publicidade, pois o orçamento estipulado para a contratação só é divulgado após o encerramento da licitação¹⁴⁸. Sobre a regra da publicidade, José dos Santos Carvalho Filho, destaca que:

¹⁴⁷ MORAES, 2011. p.755-757; MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 491.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.645*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

Sem embargo da circunstância de que a publicidade dos atos constitui a regra, o sistema jurídico- repita-se- institui algumas exceções, tendo em vista a excepcionalidade da situação e os riscos que eventual divulgação poderia acarretar. O próprio art.5º, XXXIII, da CF, resguarda o sigilo de informações quando se revela indispensável à segurança da sociedade e do Estado.¹⁴⁹

A argumentação da inconstitucionalidade é realizada com base na violação do estabelecido no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, dispositivo que positiva o princípio da publicidade¹⁵⁰.

A publicidade no sistema administrativo representa o início de uma prática democrática de controle pela sociedade, isso porque só se pode controlar e fiscalizar o que se tem acesso. Como muito bem coloca Norberto Bobbio: “Ora, quem protege precisa ter mil olhos como os de Argo, quem obedece não precisa ver coisa alguma. Do mesmo modo que a proteção tem olhos, a obediência é cega”¹⁵¹

Nesse sentido, segundo a Constituição Federal, todos os cidadãos possuem direito de receber informações sobre a administração pública, com exceção aos casos onde o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A argumentação de inconstitucionalidade é voltada, deste modo, para a alegação de que o RDC contraria esse dispositivo, pois o sigilo orçamentário é trazido como regra, situação vedada pela Constituição.¹⁵²

A motivação do dispositivo, visivelmente, é dirimir possíveis combinações entre os licitantes para formação das propostas, o que prejudicaria os propósitos administrativos. Entretanto, para quem defende a inconstitucionalidade, a mitigação da publicidade não se demonstra como o instrumento correto para evitar eventuais fraudes em licitações, ainda mais se isso custar a violação da máxima publicidade prevista na Constituição Federal¹⁵³.

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual. até a lei nº 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

¹⁵⁰ Art.5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Cf. BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 106-107.

¹⁵² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 28.

¹⁵³ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.69.

Ainda, há a arguição de que, dentro da democracia, os órgãos de controle externo devem atuar apenas em nome da sociedade, e não como substitutos dela. Logo, os órgãos de controle não poderão substituir a sociedade no que tange ao controle dos gastos públicos nas obras realizadas pelo RDC, que ficarão em sigilo até o final da licitação, sendo disponível, durante ela, apenas para os órgãos de controle. Assim, observam que “quanto mais organizada a sociedade, maior o controle democrático que pode, e deve, exercer sobre a Administração Pública e os próprios órgão de controle formal.”¹⁵⁴

Coadunando-se a essa ideia, embora com outra fundamentação, a inconstitucionalidade também é argumentada pelo nítido confronto do RDC com a LGL. O RDC, diferentemente da LGL que preceitua a publicidade de acordo com a Constituição (art. 40, §2º, II; art. 44, §1º, bem como no art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93), estabelece como regra o sigilo do orçamento, pois, conforme exposto no §3º do art. 6º, já referido no outro capítulo, “se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.¹⁵⁵

Por outro lado, para os defensores da constitucionalidade do referido dispositivo, não há problemas relacionados ao sigilo orçamentário, pois o fundamento justificável encontra-se no fato de o sigilo ser apenas temporário, havendo, após o tramite licitatório, a divulgação desses orçamentos. Assim, entende-se que, para contratações de altíssimo vulto, como é o caso das contratações estabelecidas pelo RDC, seria justificável haver o sigilo durante o certame, a fim que se garanta maior competitividade entre os licitantes. Enfim, nas palavras de Cintia Barudi Morano, o dispositivo é justificável para:

[...] evitar que a publicação da prévia orçamentária da Administração Pública sirva de parâmetro de oferta de preço do próprio licitante, o que aumentaria ainda mais os valores destes contratos, podendo comprometer o princípio constitucional da eficiência visado por tais contratações. Além disso, há de se destacar que a publicidade far-se-á sempre presente pela Lei nº 12.462/11, porém em tempo oportuno, após o encerramento da licitação, sendo certo que, nos termos do § 3º do art.6º da Lei, os órgãos de controle terão irrestrito acesso a tais informações.¹⁵⁶

¹⁵⁴ CINTRA DO AMARAL, 2014. p. 18.

¹⁵⁵ REZENDE, 2011.

¹⁵⁶ MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei nº 12.462/2011. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.8, n.1, p.67-82, jan./abr.2013.

Deste modo, seguindo esse entendimento, o presente trabalho filia-se ao posicionamento da constitucionalidade do referido dispositivo. Embora as contratações do RDC não se enquadrem nas hipóteses de exceção do art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, deve-se observar que o sigilo estabelecido pelo RDC não é permanente, dado que, após o certame, haverá a disponibilização de todos os orçamentos, com a possibilidade de fiscalização pelos órgãos de controle durante o andamento. Salienta-se, ainda, que o objetivo é evitar, já que se tratam de contratações de grande valor, conluíus entre os licitantes, que, sabendo das propostas alheias, poderão formar propostas semelhantes, o que acaba por prejudicar a competitividade da licitação, desfavorecendo o propósito isonômico.

Outra discussão que engloba a inconstitucionalidade material é a adoção preferencial dada ao regime de contratação integrada prevista no art. 8º, §5º e art. 9º, §1º da Lei 12.642/11. A contratação integrada, como já abordado anteriormente, consiste no fato de, nas obras e serviços de engenharia, concentrar-se em um único contratante a elaboração dos projetos, básico e executivo, bem como a execução das obras, incluindo as intervenções necessárias e suficientes para a entrega final do objeto¹⁵⁷.

A argumentação de inconstitucionalidade permeia o fato de que a utilização desse instrumento fere a finalidade competitiva das licitações, dado que haverá dispensa na elaboração do projeto básico pela administração, instrumento que permite a avaliação do melhor e menor custo e da melhor proposta para a execução dos contratos.¹⁵⁸ Além disso, a ausência de projetos adequados causa transtornos para a administração durante a execução do contrato, “seja porque se encontra limitada a estabelecer quantitativos de valor, seja porque se pagará um preço muito alto para algo que poderia ser menos oneroso ao erário.”¹⁵⁹

A previsão de contratação integrada existente no Regime Diferenciado, em outra visão, além de possuir inconstitucionalidade material, afronta o estabelecido no art. 7º, §2º, I e II e art. 40, §2º, I e II da Lei 8666/93.

Formalmente, o dispositivo contraria normas da Lei nº 8.666, de 1993, mais precisamente: a) o art.7º, § 2º, I e II, de acordo com 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 processo licitatório, e existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; b) o art.40, § 2º, I e II, segundo o qual constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos. Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do

¹⁵⁷ DAL POZZO, 2014, p.82.

¹⁵⁸ ARAÚJO, 2014, p. 646.

¹⁵⁹ DAL POZZO, op. cit., p. 83.

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.¹⁶⁰

Deste modo, para quem defende essa ideia, há violação dos princípios balizadores da licitação, em especial o da impessoalidade, do julgamento objetivo e da economicidade, causando, em consequência, a inconstitucionalidade material do dispositivo.

Por outro lado, há quem compreenda o dispositivo como constitucional. Para isso, alega-se que o fato de haver a transferência da elaboração do projeto básico ao particular, ficando a administração apenas com o anteprojeto de engenharia, acabaria por excluir o risco de custo excessivo, em caso de haver falhas no projeto realizado pela administração, o que torna a licitação mais ágil e eficiente.¹⁶¹

Entretanto, o anteprojeto referido, que substitui o projeto básico previsto na Lei Geral de Licitações, deverá oferecer elementos específicos que possibilitem a adequada caracterização do objeto e a comparação entre as propostas, pois quanto maior a precisão e a quantidade de informações disponibilizadas, maiores serão as probabilidades de o certame escolher a proposta mais vantajosa.¹⁶²

Para Guilherme Jardim Jurksaitis, favorável ao que estabelece a contratação integrada, a transferência do projeto ao particular não é novidade no direito brasileiro, dado que questões semelhantes ocorrem quando:

[...] se licita uma concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse caso, o edital também não contém um projeto básico da futura obra. E o motivo é simples. Ao invés de jogar para o licitante o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, a administração transfere a ele todos os riscos do projeto e de realização da obra. Assim, tanto a contratação integrada como as concessões atribuem ao particular os riscos inerentes à plena execução do que foi contratado. Por essa razão, a contratação integrada tentou ser mais restritiva em relação aos aditivos contratuais (art.9º, § 4º). Ao transferir a elaboração do projeto básico para o particular, abre-se a possibilidade de soluções diferentes para a execução da obra, que podem ser mais econômicas e eficientes. O julgamento,

¹⁶⁰ REZENDE, 2011.

¹⁶¹ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93*. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 16 de junho. 2014.

¹⁶² SAADI, Mário. A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.99.

nesses casos de contratação integrada, deverá obrigatoriamente ser por técnica e preço (art.9º, § 2º, III), adotando-se critérios objetivos previstos pelo edital.¹⁶³

Do mesmo modo, como já referido no capítulo anterior, o Decreto n. 2.745/98, que trata do Regulamento do Procedimento Licitatório da Petrobrás, também traz a possibilidade de contratação integrada, quando economicamente favorável à administração.

Deste modo, compactuando com o entendimento anterior, o presente trabalho defende a constitucionalidade na contratação integrada do RDC, pois ela surge para proporcionar maior agilidade à licitação, evitando-se que a administração elabore projetos minuciosos e complexos, transferindo-os ao contratado, empresa do ramo do negócio. Ademais, a alegação de possíveis disparidades entre as propostas apresentadas não pode ser alvo de preocupação, pois existe a previsão de um anteprojeto elaborado pela administração, que descreverá o objeto a ser contratado, servindo de parâmetro para a escolha da proposta mais adequada.

Nesse sentido, em seguida à abordagem das principais discussões acerca da inconstitucionalidade formal e material do RDC, é imperioso mencionar uma reflexão realizada pela Professora Cintia Barudi Morano:

Sendo do conhecimento de todos, há mais de três anos, no caso da Copa do Mundo, e há mais de um ano, no caso das Olimpíadas, que o Brasil sediará os jogos, cabe perguntar por que o Poder Executivo não encaminhou, há mais tempo, um projeto de lei ao Congresso Nacional, tampouco acionou sua base para aprovar o projeto de reforma da Lei Geral em tramitação. O afã de recuperar o tempo perdido mediante a lei recentemente aprovada pode, contudo, resultar em frustração ou, no mínimo, levar a prolongadas discussões judiciais, exatamente o contrário da celeridade pretendida pelo Governo. Com efeito, há ponderáveis razões no sentido da inconstitucionalidade da nova lei.¹⁶⁴

Salienta-se que, embora alguns dos eventos esportivos já tenham ocorrido, a reflexão continua em voga, pois o RDC permanece e permanecerá vigente, mesmo após os términos dos eventos ainda não realizados, pois alterações legislativas que abrangeram a sua incidência o transformaram em um regime permanente. Assim, como segue a reflexão acima, o fato da demora na análise do projeto de lei que visa reformar a LGL pode ter desencadeado o surgimento de um novo regime, com possibilidade de ser inconstitucional, também ocasionando discussões judiciais. Deste modo, imperioso trazer à baila as brilhantes colocações de Konrad Hesse, na sua obra clássica “A Força Normativa da Constituição”:

¹⁶³ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93*. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 16 de junho. 2014.

¹⁶⁴ MORANO, 2013, p.67-82.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.” Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”.¹⁶⁵

Enfim, cabe, neste momento, aguardar o julgamento das ADIs, que estão esperando julgamento no Plenário do STF, e os efeitos que elas terão, caso venham a ser julgadas procedentes e declarem a inconstitucionalidade do RDC.

¹⁶⁵ HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1991. p. 21-22.

5. CONCLUSÃO

O Estado, no intuito de realizar as atividades para que fora criado, precisa atuar, através de órgãos da administração direta e indireta, na promoção e oferecimento de bens e serviços, os quais necessitam, na maioria dos casos, de contratações feitas pela administração pública. Assim, para realização de contratos com particulares, a administração pública precisa realizar um procedimento prévio licitatório, a fim de garantir os princípios da isonomia e impessoalidade.

Posteriormente à escolha do Brasil para sediar Copa das Confederações (2013), da Copa do Mundo (2014) e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016), tornou-se imprescindível que fossem realizadas obras de infraestrutura para promover a realização dos referidos eventos. Assim, considerando a necessidade de proporcionar maior agilidade e celeridade às licitações realizadas pelo Poder Público, haja vista que Lei Geral de Licitações estava pecando por morosidade e burocracia, criou-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

A finalidade do RDC, no início do seu ingresso no ordenamento jurídico, era apenas para as licitações e contratações realizadas para as obras referentes aos grandes eventos que iriam acontecer. Porém, após a sua entrada em vigência, houve alterações legislativas no intuito de ampliar a incidência do RDC. Deste modo, hoje, além da utilização para as obras necessárias à realização da Copa das Confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, o RDC pode ser utilizado para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), nas obras de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como para obras e serviços de engenharia para construção e ampliação de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. Com isso, constata-se que um sistema que foi criado com característica de especialidade e temporalidade, tem se tornado cada vez mais genérico e permanente.

O RDC trouxe diversas novidades para o sistema licitatório, embora utilizáveis apenas nas situações em que cabe o RDC. Dentre as principais novidades, foram destacadas no presente trabalho o caráter sigiloso do orçamento, a possibilidade de escolha da marca ou modelo, a preferência para utilização da contratação integrada, a remuneração variável, a possibilidade de contrato de eficiência e a inversão de fases.

Por outro lado, observa-se que, com a entrada em vigência do RDC, nasceram muitas discussões acerca de sua constitucionalidade, o que acabou por desencadear duas

Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 4655 e ADI nº 4645), as quais abordam a inconstitucionalidade formal e/ou material do RDC. Porém, observa-se que ambas estão pendentes de julgamento, até mesmo a medida liminar, embora tenham sido recebidas pelo rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

A discussão sobre a inconstitucionalidade formal versa sobre a não observância do devido processo legislativo e a incompetência do legislador federal para criá-la. A não observância do devido processo legislativo advém do fato de haver a inclusão de matéria estranha à tratada no texto original da Medida Provisória 527. Isso porque o RDC fora incluído durante a tramitação da MPV na Câmara dos Deputados, ato que fere os arts. 59 e 62 da CF, bem como os incisos I e II do art. 7 da Lei Complementar nº 95/1998. Com isso, verifica-se que, por violação de preceitos constitucionais e infraconstitucionais, o RDC deverá ser declarado inconstitucional em razão do vício no procedimento legislativo.

Por outro lado, sobre a discussão da incompetência para a criação, é possível concluir que não há inconstitucionalidade no RDC por vício de competência, o que ocorre em razão da ampliação na sua incidência. O argumento de violação do art.22, XXVII, da Constituição Federal, que determina a competência privativa da União para legislar sobre matérias gerais acerca das licitações, não pode ser levado em conta. Com efeito, em razão da ampliação do âmbito de incidência do RDC, é possível dizer que ele prevê normas gerais, determinando a sua aplicação para todos os entes da administração direta. Assim, o RDC não merece ser declarado inconstitucional por esse motivo.

Acerca da inconstitucionalidade material, é possível dizer, segundo boa parte da doutrina, que os principais dispositivos discutidos são o do sigilo orçamentário e o da contratação integrada. Porém, em ambos os casos, não há inconstitucionalidade porque, quanto ao sigilo orçamentário, as grandes obras a serem realizadas justificam a utilização do sigilo durante o certame licitatório, dado que a publicação prévia do orçamento poderia servir de parâmetro para os outros licitantes, o que não seria benéfico para a administração pública pelo aspecto da competitividade. Além do mais, os órgãos de fiscalização e controle das contas administrativas terão acesso durante todo o trâmite da licitação, podendo questionar e tomar as devidas providências. Ainda, não há sigilo permanente dessas contratações porque, após o encerramento do certame, será divulgado o orçamento, permitindo que a sociedade questione e fiscalize conforme achar pertinente.

Segundo, não há inconstitucionalidade pela preferência dada à contratação integrada, pois esta propicia maior agilidade à licitação já que, quando há a transferência do projeto básico ao particular, ficando o Poder Público apenas com o anteprojeto, evita-se que a administração, que em quase todos os casos não possui técnica no ramo do negócio, cometa erros nos projetos. Assim, eliminar-se-á o tempo e os custos que poderão gerar essas possíveis, e naturais, falhas que a administração poderá cometer.

Imperioso observar que, mesmo na atualidade, após já ter ocorrido a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014, o tema em debate permanece extremamente relevante. A relevância se mantém pela ausência de decisão sobre o tema e a recorrente aplicação e ampliação da incidência do referido regime, o que o torna permanente e não apenas temporário, como preconizava sua redação original.

Portanto, é salutar, e indispensável, o engajamento do Poder Público na criação de instrumentos que melhorem e agilizem as suas contratações. No entanto, a observância da Constituição Federal é pressuposto fundamental de higidez das leis e atos que dela decorrerem, sob pena de eventuais interesses momentâneos sobrepujarem a normatividade constitucional que sustenta o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em:
<http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf> Acesso em: 07/06/2014.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Lajouane &cia, 1929.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Decreto n. 2.745*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

_____. *Lei n. 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. *Medida Provisória n. 527*, de 18 de março de 2011. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 27 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual. até a lei nº 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência. *Revista controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. Volume X. nº 2- Jul/Dez 2012. Disponível em:
<<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2061-artigo-9-regime-diferenciado-de-contratacoes-breves-comentarios-a-excecao-que-virou-tendencia?Itemid=592>> . Acesso em: 15/07/2014.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967.

CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & cia, 1914.

DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria de. BATISTA DOS SANTOS, Marcia Walquiria. D'AVILA, Vera Lucia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GABARDO, Émerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Anderson Ricardo. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: Relativização da teoria da nulidade do ato contrário à Constituição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7920>. Acesso em: 11/05/2015.

HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1991.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ROSILHO, André Janjácomo. *Existe Licitação para além da Lei 8.666/93?*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990_Guilherme_e_Andre_Existe_licitacao_para_alem_da_8666_-_v..pdf> Acesso em: 15/07/2014.

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

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, João de Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*. Coimbra, 1937.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei nº 12.462/2011. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.8, n.1, p.67-82, jan./abr.2013.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. 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.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira; FREITAS, Rafael Vêras de. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 9-36, out/dez. 2011.

PALAVÉRI, Marcelo. *Municípios e Licitações Públicas*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Presidência da República Federativa do Brasil, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

REZENDE, Renato Monteiro de. *O regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Agosto 2011. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatorio_-_Assessoria_Legislativa_do_Senado_-_Renato_Rezende.pdf. Acesso em: 15/07/2014.

SAADI, Mário. A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.