

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ARNALDO JOSÉ DE CARVALHO FILHO

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE  
CONTRATAÇÕES À LUZ DOS PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS E DA LEI 8.666/93

SOUSA  
2016

ARNALDO JOSÉ DE CARVALHO FILHO

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE  
CONTRATAÇÕES À LUZ DOS PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS E DA LEI 8.666/93

Monografia apresentada ao curso de  
Direito da Universidade Federal de  
Campina Grande como requisito para a  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney

SOUSA

2016

ARNALDO JOSÉ DE CARVALHO FILHO

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE  
CONTRATAÇÕES À LUZ DOS PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS E DA LEI 8.666/93

Aprovada em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Osmando Formiga Ney - UFCG  
Professor Orientador

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor (a)

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor (a)

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer ao Grande Arquiteto do Universo, pois sem ele não conseguiria chegar até aqui nem tampouco ter a graça da maior dádiva que Ele nos fornece – a vida.

Agradeço aos meus pais, pessoas indispensáveis na minha formação e no meu caráter moral, detentores do meu amor maior. Às minhas irmãs, Fernanda e Camyla, que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado, em qualquer situação que a vida me pregou.

Meus agradecimentos aos amigos/irmãos, nos quais saúdo Sandoval, Paolo, José Wilson (Curirim), Dênis, Heitor, Breno, Jeverson, Caio, Ana Sávvia, Amanda, Ingra, Kamila, entre outros que a importância não se desaparece por falta de menção, nos quais me despeço com o coração na mão, mas me alegro por ter a certeza que esse laço nunca será desfeito.

Aos meus amigos de infância Júnior, Paulinho, José Neto, Danilo, Igor, Arthur, pessoas que vejo no olhar o quanto me querem bem.

Agradeço a todos os professores, em especial a meu orientador Osmando Formiga Ney, por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional. Agradeço a todos os mestres que por minha vida passaram, por toda dedicação a mim dispensada, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender. A palavra mestre nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

Conforme estabelece o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública deve realizar processo de licitação para realizar contratações de obras e serviços, ressalvados os casos em que a lei dispensa ou não exige esse processo. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 foi promulgada para regulamentar o referido dispositivo constitucional, estabelecendo as normas para celebração de licitações e contratos administrativos. Ocorre que a referida lei possui um excesso de formalismos e burocratização de procedimentos, os quais, por vezes, dificultam a celeridade e eficiência dos contratos. Sob esta ótica, a partir de quando o Brasil foi escolhido para sediar a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo Fifa de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, criou-se um impasse diante da necessidade de realizar em curto prazo as diversas obras de infraestrutura que esses eventos exigem, diante da burocracia imposta pela Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, a partir da edição da Lei nº 12.462/2011, foi instituído no Brasil o regime diferenciado de contratações (RDC), como o objetivo de reduzir os formalismos, garantindo maior celeridade e eficiência nas contratações públicas. Ocorre que, desde a sua promulgação, a referida lei passou a ser alvo de questionamentos acerca de sua constitucionalidade, sob a alegação de que seria eivada de vícios tanto formais quanto materiais. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo fazer um estudo sobre a possível inconstitucionalidade do regime diferenciado de contratações, analisando seus dispositivos diante daquilo que prevê a Constituição Federal bem como a Lei nº 8.666/93, que rege o processo geral de licitações. Para tanto, a pesquisa bibliográfica foi utilizada como fonte metodológica, de modo que foram analisados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da Lei nº 12.462/2011, fazendo-se um comparativo entre esse diploma normativo com a lei de licitações e os princípios orientadores da atividade administrativa.

**Palavras-chave:** Lei nº 8.666/93. RDC. Constitucionalidade.

## ABSTRACT

According to article 37, XXI, of the Federal Constitution of 1988, the Public Administration should conduct the bidding process to carry out procurement of works and services, except in cases where the law excuse or not requires this process. In this sense, the Law number 8.666/93 was enacted to regulate the above constitutional provision, establishing the rules for the award of tenders and administrative contracts. Happens that the law has an excess of formalism and bureaucratic procedures, which sometimes hinder the contracts speed and efficiency. From this perspective, from when Brazil was chosen to host the World Cup 2013 Confederations, the Olympic FIFA World Cup 2014 and the Olympics in 2016, created a deadlock on the need to achieve in a short time the various infrastructure works that these events require, against the bureaucracy imposed by Law number 8.666/93. In this sense, from the edition of Law number 12.462/2011, it was introduced in Brazil the differentiated regime signings (DRS) as the goal of reducing the formalities, ensuring greater speed and efficiency in public procurement. It happens that, since its enactment, this law become a questioning target about its constitutionality on the grounds that it would be fraught with both formal and material defects. In this context, this paper aims to make a study on the possible unconstitutionality of the differentiated regime signings, analyzing their devices before what provides the Federal Constitution and the Law number 8.666/93, which governs the general process of bidding. Therefore, the bibliographic research was used as a methodological source, so they were analyzed doctrinal and jurisprudential positions on Law number 12.462/2011, making a comparison between this legal diploma with the bidding law and the guiding principles of administrative activity.

**Keywords:** Law number 8.666/93. DRS. Constitutionality.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	7
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	9
2.1 Princípios fundamentais da Administração Pública.....	11
2.1.1 <i>Princípio da legalidade</i> .....	12
2.1.2 <i>Princípio da impessoalidade</i> .....	14
2.1.3 <i>Princípio da moralidade</i> .....	15
2.1.4 <i>Princípio da publicidade</i> .....	16
2.1.5 <i>Princípio da eficiência</i> .....	17
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DE LICITAÇÕES .....	19
3.1 Conceito, finalidade e objeto da licitação .....	20
3.2 Princípios específicos da licitação .....	23
3.3 Tipos de licitação.....	24
3.4 Modalidades de licitação .....	25
3.5 Dispensa e inexigibilidade da licitação .....	27
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES .....	29
4.1 Surgimento do RDC .....	30
4.2 Aspectos gerais do RDC .....	33
4.3 Principais inovações constituídas pelo RDC à luz da lei de licitações .....	35
4.4 Análise da (in)constitucionalidade do RDC .....	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	44
REFERÊNCIAS.....	46

## 1 INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública, para realizar contratações de obras e serviços, está obrigada a realizar o processo de licitação, ressalvados os casos em que a lei dispensa ou não exige esse processo.

Sob esse enfoque, a Lei nº 8.666 de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu as normas que regem as licitações e contratos da Administração Pública. Desde a sua edição, a referida lei sofreu diversas alterações, a maioria destas voltadas a reduzir a burocracia e permitir uma maior eficiência nas contratações públicas.

A partir da escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, foi criado um impasse diante da necessidade de realizar em curto prazo as diversas obras de infraestrutura que esses eventos exigem, diante da burocracia que a Lei nº 8.666/93 impõe para realização de licitações e contratos administrativos.

Nesse contexto, a partir da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, surgiu o regime diferenciado de contratações (RDC), com o objetivo de reduzir o formalismo e impor maior eficiência às contratações públicas.

A referida lei estabeleceu normas especiais aplicáveis a determinadas hipóteses de licitações e contratações públicas, implicando no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/93, exceto nos casos explicitamente previstos na própria Lei 12.462/2011.

No entanto, embora o texto original da lei tivesse aplicação restrita apenas aos contratos de infraestrutura para os eventos esportivos que seriam sediados no Brasil, o regime diferenciado de contratações foi alterado por outros diplomas normativos, tendo sua aplicação ampliada a outros tipos de contratos.

Ocorre que a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.462/2011, grande controvérsia foi criada acerca de sua constitucionalidade, por entender-se que existiam algumas incompatibilidades do RDC com os princípios que orientam a atividade administrativa, bem como com as normas de contratação estabelecidas pela lei de licitações.

Diante disso, o presente trabalho se desenvolve com o objetivo de fazer um estudo sobre a possível inconstitucionalidade do regime diferenciado de contratações, analisando seus dispositivos diante daquilo que prevê a Constituição Federal bem como a Lei nº 8.666/93, que rege o processo geral de licitações.

Para tanto, no primeiro capítulo buscou-se apresentar os princípios estampados no art. 37, caput, da Constituição Federal, os quais regem a atividade administrativa, de modo a formar o entendimento acerca do regramento ao qual está submetida a Administração Pública.

No segundo capítulo foi apresentada uma visão geral sobre o sistema licitatório previsto na Lei nº 8.666/93, tendo em vista que tal diploma normativo foi editado para regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal, estabelecendo as regras gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Por fim, no último capítulo, foi realizada uma análise acerca da Lei nº 12.462/2011 à luz dos princípios norteadores da Administração Pública bem como daqueles que orientam o processo de licitação, de modo a verificar a constitucionalidade da referida lei que instituiu o regime diferenciado de contratações.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de modo a ser feita uma análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da Lei nº 12.462/2011, fazendo-se um comparativo entre esse diploma normativo com a lei de licitações e os princípios orientadores da atividade administrativa.

## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O regime diferenciado de contratações, inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 12.462/2011, tem sido objeto de grandes debates na sociedade e no meio jurídico no que se refere aos verdadeiros interesses da sua instituição.

Isso porque esse novo regime criou um conceito totalmente inovador, modificando algumas formas habituais de licitação e contratação previstas na Lei nº 8.666/93, o que gerou algumas controvérsias acerca de sua legalidade diante dos princípios que regem a Administração Pública.

Diante disso, inicialmente, é válido traçar breves considerações acerca do conceito de Administração Pública e dos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa.

Segundo Meirelles (2000, p. 60):

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

De acordo com Di Pietro (2014, p. 50):

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Nesse sentido, conforme Alexandrino e Paulo (2015), a Administração Pública pode ser compreendida em dois sentidos: em sentido amplo, quando engloba os órgãos de governo que desempenham função política e também os órgãos e pessoas jurídicas que desempenham função meramente administrativa; e em sentido estrito, quando apenas inclui os órgãos e pessoas jurídicas que desempenham função meramente administrativa, de execução dos programas de governo, sendo excluídos os órgãos políticos e as funções políticas de elaboração das políticas públicas.

Sob esse enfoque, para que a autoridade da Administração Pública seja assegurada e garantida a consecução de seus fins, algumas prerrogativas e privilégios lhe são outorgados, de modo a assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

De acordo com Di Pietro (2014, p. 62),

Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.

O conjunto dessas prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo.

Nesse sentido, embora essas prerrogativas coloquem a Administração Pública em posição de supremacia perante os particulares no intuito de gerar benefícios para a coletividade, existem certas restrições que limitam a atividade administrativa a determinados fins e princípios, e caso estes não sejam observados, caracteriza-se desvio de poder, gerando a consequente nulidade dos atos praticados pela Administração.

Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo.

## 2.1 Princípios fundamentais da Administração Pública

Segundo Di Pietro (2014, p. 64), “sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito”.

Nesse sentido, os princípios fundamentais que orientam a atividade da Administração Pública encontram-se no texto da Constituição de 1988, seja de forma explícita ou implícita.

No entendimento de Alexandrino e Paulo (2015, p. 203):

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.

De acordo com Silva (2010), a Administração Pública é regida por princípios que orientam a sua atuação, os quais são destinados a orientar o administrador na prática de atos administrativos e a garantir a gestão correta dos negócios públicos.

Segundo Di Pietro (2014, p. 64):

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

Conforme Alexandrino e Paulo (2015), o princípio da supremacia do interesse público é um dos pilares do regime jurídico-administrativo, tendo em vista que fundamenta todas as prerrogativas especiais que a Administração Pública dispõe como instrumentos para a consecução dos seus fins. Desse princípio decorre que, caso exista conflito entre o interesse público e o interesse particular, o primeiro

deverá prevalecer, tutelado pelo Estado, devendo ser respeitados, no entanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou que dela decorram.

Embora o texto constitucional de 1988 não tenha previsto explicitamente esse princípio, ele decorre da força do regime democrático e do sistema representativo, presumindo que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público.

De outro lado, a Carta Magna de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública, trazendo, de forma explícita, cinco princípios que orientam a atividade administrativa, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo este último inserido após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988:

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

Sob esse enfoque, o princípio basilar da atividade da administração pública é o da legalidade, em razão do qual a atividade administrativa fica adstrita aos casos em que a lei permite ou autoriza a sua atuação.

### *2.1.1 Princípio da legalidade*

O princípio da legalidade pressupõe que a atividade administrativa seja determinada pelas regras estabelecidas em lei. É a aplicação do devido processo legal que, segundo Carvalho Filho (2011, p. 224):

exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

De acordo com Di Pietro (2014), este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, surgiu com o Estado de Direito, constituindo uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, determina também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto restringir o exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Para Gasparini (2010, p. 61-62):

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação.[...] Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente).

O art. 5º, II, da Constituição Federal, traz a formulação mais genérica deste princípio, estabelecendo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Nesse contexto, Meirelles (2000, p. 82) aduz que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "poder fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) enfatiza que o princípio da legalidade qualifica o Estado de Direito, garantindo-lhe a sua identidade própria, motivo pelo qual é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo.

Sob esse enfoque, denota-se que o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, devendo obrigatoriamente respeitar aquilo que determina a lei.

Segundo Alexandrino e Paulo (2015, p. 210):

O princípio da legalidade administrativa tem, portanto, para a administração pública, um conteúdo muito mais restritivo do que a

legalidade geral aplicável à conduta dos particulares (CF, art. 5º, II). Por outro lado, para o administrado, o princípio da legalidade administrativa representa uma garantia constitucional, exatamente porque lhe assegura que a atuação da administração estará limitada ao que dispuser a lei.

Portanto, nota-se que o princípio da legalidade restringe a atividade administrativa às situações estabelecidas pela lei, motivo pelo qual, em regra, presume-se que todo ato administrativo é dotado de legitimidade.

Em suma, conforme Alexandrino e Paulo (2015), a Administração, além de não poder atuar de forma contrária ou além do que determina a lei, somente pode agir conforme a lei. Os atos que porventura sejam praticados em desobediência a ao que determina a lei são atos inválidos, podendo ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os tenha editado (autotutela administrativa) ou pelo Poder Judiciário.

### *2.1.2 Princípio da impessoalidade*

O princípio da impessoalidade determina um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, evitando que discriminações e privilégios sejam dispensados a particulares no exercício da função administrativa.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2015, p. 214):

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral. e: abstrato em essência. Dessa forma, impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade.

Conforme Bandeira de Mello (2009, p. 114), “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou de grupos de qualquer espécie”.

No mesmo sentido, Gasparini (2010, p. 62-63) aduz que “A atividade deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza”.

Ainda, conforme Di Pietro (2014, p. 68):

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva, baseado na lição de Gordillo que "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal".

Bandeira de Mello (2009, p. 58), por seu turno, sustenta que por esse princípio “se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas”.

### *2.1.3 Princípio da moralidade*

O princípio jurídico da moralidade administrativa não estabelece o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, exigindo, no entanto, que os padrões éticos, de boa-fé, de honestidade e probidade sejam incorporados pela prática da atividade administrativa.

De acordo com Di Pietro (2014, p. 79),

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Conforme Marçal Justen Filho, citado por Carvalho Filho (2011, p. 224):

O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.

Assim, “para atuar observando a moral administrativa não basta ao agente cumprir formalmente a lei na frieza de sua letra. É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético” (ALEXANDRINO E PAULO, 2015, p. 212).

#### *2.1.4 Princípio da publicidade*

Considerando que a atividade administrativa deve ser essencialmente íntegra, faz-se necessário que os próprios administrados tenham conhecimento daquilo que é realizado pelo ente público, sendo tal noção advinda do princípio da publicidade, o qual exige que os atos praticados pela Administração Pública sejam amplamente divulgados, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Conforme Alexandrino e Paulo (2015, p. 217):

O princípio da publicidade apresenta uma dupla acepção em face do sistema decorrente da Constituição de 1988, a saber: a) exigência de publicação oficial, como requisito de eficácia, dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos e dos atos que impliquem ônus para o patrimônio público; (...) b) exigência de transparência da atuação administrativa.

Nesse sentido, exige-se transparência na atividade administrativa, de modo que a população tenha ciência dos atos praticados e livre acesso às informações, quando estas não forem protegidas pelo sigilo.

Assim, como os agentes públicos atuam na defesa dos interesses da coletividade, a proibição de condutas sigilosas e atos secretos está diretamente relacionada com correto desempenho de suas atividades.

### 2.1.5 Princípio da eficiência

Inserido no art. 37, caput, da Constituição Federal pela Emenda nº 19/98, o princípio da eficiência orienta a atividade administrativa no sentido de que sejam alcançados os melhores resultados com os menores custos possíveis.

Nesse sentido, Meirelles (2000, p. 102) entende que:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Complementando esse raciocínio, Di Pietro (2014, p. 84) aduz que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos:

pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Desse modo, o princípio da eficiência determina que a atividade administrativa seja constituída pelo máximo e racional aproveitamento dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, no intuito de se atingir o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Diante dos princípios constitucionais apresentados que regem a atividade da Administração Pública, a edição da Medida Provisória nº 527/2011, que veio a ser convertida na Lei nº 12.462/2011, passou a gerar grandes debates doutrinários acerca de sua legalidade, em razão de possíveis incompatibilidades do regime diferenciado de contratações com os princípios da atividade administrativa.

Isso porque, na celebração de contratos administrativos, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade, o art. 37, XXI, da Constituição Federal exige a celebração de processo licitatório.

Entretanto, esse modelo de licitação estabelecido na Lei nº 8.666/93 passou a ser repensado quando o Brasil foi escolhido para sediar grandes eventos internacionais, como a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016.

Nesse contexto, a nova forma de licitar estabelecida pelo Regime Diferenciado de Contratações traz alguns procedimentos e institutos diferentes daqueles determinados na Lei nº 8.666/93, o que alavancou o debate sobre possíveis ameaças ou riscos ao processo de licitação bem como aos princípios que norteiam à atividade da Administração Pública, conforme será visto no próximo capítulo.

### **3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DE LICITAÇÕES**

Para desempenhar suas funções, os órgãos e entidades da Administração Pública necessitam constantemente de realizar contratações. No entanto, diferentemente dos particulares, que podem escolher livremente aqueles com quem irão contratar, a Administração Pública se submete à lei, ou seja, só pode realizar contratações nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais.

Nesse sentido, a legislação estabelece que antes da celebração de algum contrato da Administração Pública com algum particular, tal contrato deverá, em regra, ser precedido de processo de licitação.

Sob esse enfoque, no ano de 1993, foi editada a Lei nº 8.666, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Desde sua edição, a referida lei sofreu diversas modificações por outros diplomas normativos, a maioria destes com o intuito de diminuir os formalismos e garantir uma maior eficiência nas contratações, tais como: a Lei nº 12.232/2010, endereçada às licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

A referida Lei nº 12.462/2011 estabeleceu normas especiais aplicáveis a determinadas hipóteses de licitações e contratações públicas, implicando no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993, exceto nos casos explicitamente previstos na própria Lei 12.462/2011.

Diante disso, em virtude da lei que instituiu o RDC conter dispositivos que contrariam a Lei nº 8.666/93, é salutar traçar algumas considerações acerca da lei geral de licitações, de modo a entender seu conceito, sua finalidade, seus princípios norteadores, seus tipos, suas modalidades e as hipóteses nas quais se dispensa ou não se exige a sua realização, para que posteriormente seja possível analisar, de forma comparativa, a legalidade e a eficiência do Regime Diferenciado de Contratações diante da lei de licitações.

### 3.1 Conceito, finalidade e objeto da licitação

De acordo com Meirelles (2000), o histórico da licitação no Brasil vem desde a década de 1960, quando ocorreram movimentações intensas de reforma para modernizar a Administração Pública. A partir disso, foi editada uma legislação nacional unificada para as licitações (Decreto-lei nº 200 de 1967 e Lei nº 5.456/1968), ganhando reforço através de uma nova lei nacional, editada na década de 1980 – o Decreto-lei nº 2.300/86 –, que possibilitou a inclusão da temática das licitações na Constituição Federal de 1988.

Nesta senda, a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, trouxe de forma explícita a necessidade de licitações para contratações de obras e serviços pela Administração Pública, ressalvados os casos quando a licitação for dispensável ou inexigível, conforme se vê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 foi o diploma legal que regulamentou o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre o processo de licitação no Brasil.

Depreende-se do dispositivo constitucional citado que o processo de licitação é constituído de atos e procedimentos sucessivos, os quais são pré-estabelecidos em lei, devendo assegurar a isonomia entre todos os participantes, impondo regras gerais de conduta para que seja obtido o melhor negócio jurídico para o contratante.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, inciso XXVII, determinou que é competência privativa da União legislar acerca das contratações para todos os entes da federação, conforme se vê no dispositivo abaixo transcrito:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Desse modo, a competência para legislar sobre normas gerais que regem as licitações e contratos administrativos é privativa da União, conforme determina o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal. É uma competência para editar normas de âmbito nacional, ou seja, aquela que obriga todos os entes da federação.

É importante salientar que a Constituição Federal determina que cabe à União a edição apenas das normas gerais que regem o processo licitatório. Desse modo, os demais entes da federação – Estados, Distrito Federal e municípios – possuem competência para legislar sobre questões específicas do processo de licitações públicas e contratos administrativos, desde que tais leis não contrariem a lei geral editada pela União.

Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 é o diploma normativo que estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito nacional. A referida lei é complementada pela Lei nº 10.520/2002, que instituiu uma nova modalidade de licitação – o pregão. A lei de licitações, como também é conhecida, possuindo caráter nacional, ou seja, deve obrigatoriamente ser seguida pelos Estados, Distrito Federal de municípios.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2015, p. 635)

[A licitação é] um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem. (grifei)

Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 373):

pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Ainda, nesse sentido, Gasparini (2010, p. 527) observa que:

(...) a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2000, p. 324) apresenta o conceito de licitação, já destacando os princípios que regem o processo licitatório, como a prevalência do interesse público, igualdade de oportunidades, eficiência e moralidade:

Licitação é procedimento administrativo mediante o qual Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e a atua como fator de eficiência e moralidade dos negócios administrativos.

A licitação, pois, é um procedimento de caráter obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública. A finalidade dessa exigência decorre do fato de que a Administração Pública não pode escolher com quem contratar de forma aleatória e discricionária, como fazem as empresas privadas. Deve seguir uma série de exigências determinadas pela lei, de modo a garantir a isonomia e licitude das contratações.

O art. 3º da Lei nº 8666/93 nos fornece o objetivo da licitação, conforme se vê:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Nesse sentido, os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que regem a atividade administrativa, são alguns princípios que também regem a licitação, de modo que a melhor proposta seja selecionada imparcialmente, garantindo igualdade de condições a todos aqueles que desejem concorrer para a celebração do contrato.

### 3.2 Princípios específicos da licitação

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, ao ordenar que os contratos celebrados pela Administração Pública sejam precedidos de licitação, assegura que todos aqueles que tenham interesse em participar do processo de licitação concorram em iguais condições.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, enumera os princípios básicos que regem o procedimento administrativo de licitação, especialmente o julgamento das propostas, determinando que o processo de licitação observe o princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Não há, no entanto, uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios que orientam o processo de licitação.

Dentre os princípios constitucionais explícitos, e que também estão previstos na Lei 8.666/1993, estão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Apesar de o princípio da eficiência não vir expressamente previsto na lei de licitações, percebe-se que ele está implícito em vários dispositivos da referida lei, visto que orienta todo o processo de licitação e contratação na busca pela economia de recursos necessária para que os melhores resultados sejam alcançados no menor espaço de tempo.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2015), da interpretação do caput do artigo 3º da lei de licitações, podem ser extraídos os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Hely Lopes Meirelles (2000) relaciona um número maior de princípios: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória.

Conforme Di Pietro (2014, p. 377):

a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

Ainda segundo Di Pietro (2014), outros princípios não previstos expressamente no artigo 32, caput, da Constituição Federal podem ser mencionados, especialmente o da adjudicação compulsória, o da ampla defesa, o da razoabilidade, o da motivação, o da participação popular, todos eles decorrendo expressa ou implicitamente da própria Lei nº 8.666/93 e de outras leis esparsas, estando amplamente consagrados no direito brasileiro. Mais recentemente, segundo a autora, fala-se em princípio da sustentabilidade da licitação ou princípio da licitação sustentável.

### 3.3 Tipos de licitação

De acordo com Alexandrino e Paulo (2015, p. 689), “Os possíveis critérios a serem observados no julgamento das propostas no procedimento licitatório determinam o que a Lei 8.666/1993 denomina tipos de licitação”.

Nos termos do art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 45 (...)

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Conforme Alexandrino e Paulo (2015), a Lei 8.666/1993, no § 5º do seu art. 45, proíbe a utilização de outros tipos de licitação, diversos dos previstos nesse mesmo artigo. Com essa regra, pretendeu a lei que os quatro tipos de licitação arrolados no § 1º do seu art. 45, constituíssem uma lista exaustiva.

### 3.4 Modalidades de licitação

De acordo com a complexidade do objeto a ser licitado e com o grau de disputa entre os concorrentes, a licitação pode assumir diversas estruturas, ou seja, para que a licitação seja enquadrada ao seu objeto, a Lei nº 8.666/93 propôs diversas modalidades de licitação.

O artigo 22 da Lei 8.666/93 elenca o rol das modalidades de licitação, conforme se vê:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à

data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º 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.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Em que pese ser vedada a criação de novas modalidades de licitação, posteriormente a edição da Lei nº 8.666/93 foi criada, por medida provisória, outra modalidade – o pregão –, atualmente regulado pela Lei 10.520/2002.

Segundo afirmam Alexandrino e Paulo (2015, p. 680):

O pregão é modalidade de licitação passível de utilização – pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios - para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. O fator que define a possibilidade de utilização da modalidade pregão é a natureza do objeto da contratação - aquisição de bens e serviços comuns -, e não o valor do contrato.

Conforme se denota a partir do artigo 22 da Lei 8.666/93, para que seja determinada a modalidade de licitação a ser adotada pela Administração Pública, deve ser considerado tanto o valor da contratação e como o tipo de objeto a ser contratado.

Percebe-se, ainda, que os “tipos” e “modalidades” de licitação são dois institutos distintos. A modalidade seria a forma escolhida para o processo de licitação de acordo com o objeto e o interessado, enquanto que o tipo de licitação seria o critério de julgamento escolhido pelo licitante, uma vez que tal julgamento deve ser feito de forma objetiva.

### 3.5 Dispensa e inexigibilidade da licitação

Apesar da regra constitucional de que um processo licitatório deve obrigatoriamente ser realizado antes de qualquer contratação feita pela Administração Pública, a própria Constituição Federal ressaltou as exceções a essa regra, que são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2015, p, 700):

Há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes.

Há dispensa de licitação quando esta é possível, ou seja, há possibilidade de competição, mas a lei dispensa ou permite que seja dispensada a licitação.

A dispensa de licitação, nesse sentido, ocorre a Administração Pública tem a faculdade de não realizá-la, ou seja, a licitação não é obrigatória. Desse modo, a dispensa é um ato discricionário do administrador, que deve, no entanto, ser motivado. Já os casos de inexigibilidade são aqueles em que a competição entre os licitante é inviável, tornando a competição sem efeito, sendo, portanto, inexigível.

Nesse sentido, as hipóteses nas quais a licitação pode ser dispensada estão elencadas nos incisos do artigo 24 da lei de licitações. Vale salientar que as hipóteses tipificadas no referido artigo são exaustivas, ou seja, não pode haver outras hipóteses de dispensa senão aquelas que estão previstas nesse rol. Em contrapartida, o art. 25 e seus incisos da lei de licitações elenca, de forma meramente exemplificativa, as hipóteses de inexigibilidade de licitação, ou seja,

Destarte, é importa destacar que, posteriormente a entrada em vigor da lei de licitações, foram editadas pela União três novas leis contendo regras especiais aplicáveis a determinadas licitações e contratações públicas, as quais derogam a Lei nº 8.666/1993 nos pontos em que tais leis estabelecem disciplina própria.

As referidas leis são: a Lei nº 12.232/2010, a qual é endereçada às licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda; a Lei 12.598/2012, que estabelece normas especiais para compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas

de defesa; e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), autorizando sua adoção, dentre outras hipóteses, em licitações e contratos relacionados à Copa do Mundo de 2014, às Olimpíadas e Paralimpíadas de 2016, a ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e a obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos sistemas públicos de ensino.

Nesse sentido, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.462/2011, foi criada grande controvérsia acerca de sua constitucionalidade, por entender-se que existiam algumas incompatibilidades do Regime Diferenciado de Contratações com os princípios que orientam a atividade administrativa, bem como com as normas de contratação estabelecidas pela lei de licitações, conforme será abordado no próximo capítulo.

#### **4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES**

Conforme já explicitado, o sistema geral de licitações previsto na Lei 8.666/93 é considerado extremamente formal e burocrático, o que impede a realização de contratos administrativos com a eficiência necessária e compatível com o atual contexto econômico brasileiro.

Essa atual conjuntura da economia afeta diretamente o serviço público, demandando uma maior celeridade na execução de obras com redução dos gastos públicos, visando os melhores resultados.

A partir da escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, criou-se um impasse diante da necessidade de realização de diversas obras em curto prazo diante da burocracia que a Lei nº 8.666/93 impõe para realização de licitações e contratos administrativos.

Diante disso, pela conversão da Medida Provisória nº 527 na Lei 12.426/2011 deu-se origem ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que surgiu com o intuito de ser uma nova opção para a celebração de contratos relacionados aos eventos mundiais que seriam sediados no Brasil, sendo tal lei posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011.

Antes da edição da Medida Provisória nº 527/2011 que deu origem à Lei nº 12.462/2011, o Poder Executivo tentou aprovar as Medidas Provisórias 489, 503, 510 e 521, mas não obteve êxito. Após essas tentativas infrutíferas, houve uma intensificação de esforços do governo em negociação com a oposição, permitindo a aprovação da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011.

Sobres os debates que foram travados quando da discussão do texto da referida lei, Ivan Barbosa Rigolin (2011, p. 5) discorre que:

Após tormentosa e tumultuada tramitação – ao som de ranger de dentes e sob severo entrelaçamento de ódios variados – foi enfim sancionada a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que, dentre diversas outras providencias para o âmbito exclusivo de serviço público federal, instituiu o RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a esta altura tão aguardado no panorama legislativo. Esse PLC, por sua vez, foi o resultado de algumas

emendas parlamentares ao texto da MP originária, frutos de acalorada discussão, acordos, concessões recíprocas e entendimentos costurados a duras penas pelos partidos governistas e opositores.

Nesse sentido, a criação do Regime Diferenciado de Contratações resultou de diversas tentativas de alteração no sistema de licitações, com o objetivo de dar maior celeridade na contratação e realização de obras públicas destinadas aos eventos mundiais da Copa e dos Jogos Olímpicos.

Entretanto, decorridos mais de cinco anos desde o surgimento do RDC, existem alguns problemas decorrentes de sua aplicação, além de questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.462/2011.

#### 4.1 Surgimento do RDC

Diante da falta de celeridade dos procedimentos para licitações no Brasil e do curto espaço de tempo para a realização das obras necessárias para a realização dos eventos esportivos mundiais que o Brasil sediaria, o Poder Executivo Federal, em maio de 2010, editou duas Medidas Provisórias nº 488 e 489, as quais tratavam de diretrizes para dar viabilidade a execução desses eventos. No entanto, tais medidas não foram apreciadas no prazo previsto no art. 62 da Constituição Federal, perdendo, então, sua eficácia.

Após isso, a Medida Provisória nº 527/11 foi editada visando alterar a Lei nº 10.683/10, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, alterar a Lei nº 11.182/05, que trata da Agência Nacional de Aviação Civil, e a Lei nº 5.862/71, a qual disciplina a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

O texto original da referida medida provisória não tratava acerca de licitações. Entretanto, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, o texto foi emendado para que fosse incluída a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, mantendo-se também as suas disposições originais.

Após a aprovação do projeto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, com a posterior sanção presidencial, foi promulgada a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que fora regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011.

A Lei nº 12.462/11 deu origem a um regime diferenciado para a realização de licitações e contratações públicas, imprescindíveis para o alcance do interesse público, realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e a Copa do Mundo de futebol de 2014.

O motivo que ensejou a criação da referida lei foi a necessidade que a Administração Pública tinha de encontrar maneiras mais céleres, econômicas e eficientes de contratações públicas para atender especialmente as obras de infraestrutura imprescindíveis para a realização dos eventos esportivos mundiais que seriam realizados no Brasil.

A realização desses eventos demandaria a construção de grandes obras em curto espaço de tempo, como complexos esportivos, acomodações para atletas, espaços destinados à imprensa, equipamentos, etc. Afora isso, também seriam necessárias obras em portos, aeroportos, rodoviárias e melhoria do transporte público, diante da necessidade de acomodações dos turistas brasileiros e estrangeiros que prestigiariam os eventos.

Conforme afirma Di Pietro (2014), embora não haja norma expressa, a Lei nº 12.462/11 destinou-se a ter vigência temporária, já que estabeleceu, em seu texto original, regime de contratação somente aplicável para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.

Entretanto, embora a lei tivesse, originariamente, aplicação restrita a essas contratações, o RDC vem sendo estendido a outros contratos, conforme se depreende na análise da atual redação do art. 1º da Lei nº 12.462/2011:

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

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

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

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

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

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 e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

O cenário original no qual a lei foi criada, que decorreu da quase impossibilidade do país em obedecer aos cronogramas impostos pelo regime de licitações da Lei nº 8.666/93 para a realização das obras, deu ensejo à criação desse modelo diferenciado de contratações, uma vez que, diante da importância nacional e internacional que possuem os eventos esportivos, seria imprescindível maior celeridade na execução das obras para que estas fossem entregues ao tempo da realização dos eventos.

Nas palavras de Motta e Bicalho (2012, p. 23):

Toda essa operação requereu um esforço paralelo por parte da máquina burocrática administrativa no sentido de providenciar as licitações e contratos correspondentes, dentro dos limites do poder de gasto, com a máxima agilidade nos processos e ser perder de vista, em nenhum momento, a qualidade final dos produtos e

serviços. Sem dúvida, uma tarefa colossal, que exigiu mais do que nunca a operacionalidade do planejamento público e as realização prática do princípio da eficiência. (grifei)

Conforme preceitua o parágrafo 2º do art. 1º da Lei 12.462/2011, o regime diferenciado de contratações é uma opção para o gestor. Nesse sentido, a Lei nº 12.462/2011 não revoga a Lei nº 8.666/93, tendo em vista que a adoção do RDC é passível de ser utilizada de acordo com a discricionariedade do gestor público.

No entanto, caso se opte por adotar o regime diferenciado de contratação, esta opção deverá constar de forma expressa do Instrumento convocatório, em cada licitação, exceto nos casos explicitamente previstos na própria Lei 12.462/2011.

#### 4.2 Aspectos gerais do RDC

Conforme dito anteriormente, a adoção do regime diferenciado de contratações implica no afastamento das disposições contidas na Lei nº 8.666/93, exceto nos casos explicitamente previstos na própria Lei nº 12.462/2011.

Em relação aos objetivos do RDC, estes estão dispostos no parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011, conforme se vê:

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

(...)

§ 1º O RDC tem por objetivos:

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

Conforme Di Pietro (2014), não há dúvida de que, com a proximidade dos aludidos campeonatos mundiais, já com datas definidas, seria necessário acelerar os procedimentos licitatórios, sob pena de ficarem inconclusas as obras necessárias a essa finalidade.

Nesse sentido, a diferença entre o RDC e o regime de licitações da Lei nº 8.666/93 não está nas finalidades a que estes se dirigem, mas sim na forma de atingir esses objetivos.

Conforme afirma Marçal Justen Filho (2013, p. 39), “O RDC é uma solução técnico-jurídica diferenciada para promover fins buscados em todo e qualquer procedimento de contratação administrativa”. Segundo o autor, a inovação originada com o RDC reflete o intuito de serem obtidos resultados específicos e diferenciados com maior eficiência, os quais não eram atingidos de maneira satisfatória através da aplicação dos regimes licitatórios anteriores.

Sob esse enfoque, Andrade e Veloso (2012, p. 32) mencionam que:

A busca pela eficiência, veiculada na Lei do RDC tanto como objetivo quanto como princípio, parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de interesses coletivos qualificados pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis.

Desse modo, a utilização do regime diferenciado de contratações tem como objetivo otimizar o tempo e dar maior eficiência às obras públicas, buscando, ao mesmo tempo, a inovação tecnológica e incentivar a competitividade entre os licitantes.

Conforme ressaltam Alexandrino e Paulo (2015), é importante salientar que, embora a Lei nº 12.462/2011 contenha normas especiais de licitações e contratações públicas, as suas disposições têm aplicação, quando for o caso, a licitações e a contratações realizadas tanto pela União quanto pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, ou seja, a Lei nº 12.462/2011 possui incidência em âmbito nacional.

Nos termos do art. 3º da Lei 12.462/2011, as licitações e contratações realizadas por meio do regime diferenciado de contratações deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, embora em sua aplicação prática o RDC contrarie os referidos princípios, conforme se verá adiante, esse regime traz em sua essência os princípios

constitucionais que regem a atividade administrativa bem como aqueles que orientam o procedimento licitatório, acrescentando, ainda, a busca pela economicidade e pelo desenvolvimento sustentável.

O art. 8º da Lei nº 12.426/2011 prevê que na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os regimes empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa, empreitada integral ou contratação integrada.

Em comparação com a Lei nº 8.666/93, percebe-se que a contratação integrada é uma das mais relevantes inovações introduzidas pela Lei nº 12.462/2011, sendo também um dos pontos que deram ensejo aos questionamentos sobre a constitucionalidade do RDC.

No intuito de garantir maior celeridade e eficiência nas contratações públicas, o regime diferenciado de contratações adotou alguns institutos e procedimentos contidos no sistema de licitações, trazendo, ainda, algumas inovações em relação à Lei nº 8.666/93, conforme será visto no próximo tópico.

#### 4.3 Principais inovações constituídas pelo RDC à luz da lei de licitações

Conforme se percebeu, o motivo que ensejou a criação da lei foi dar maior celeridade e eficiência para as contratações públicas, notadamente para atender as obras de infraestrutura necessárias aos eventos esportivos mundiais que seriam realizados no Brasil.

Foram instituídas pelo RDC diversas inovações diante do que dispõe a lei de licitações. O objetivo do presente trabalho não é discorrer exaustivamente sobre todos, mas apenas destacar os principais pontos instituídos pelo regime diferenciado de contratações, em especial aqueles que são objeto de questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Conforme afirma Di Pietro (2014, p. 456), algumas inovações relevantes são introduzidas no regime diferenciado de contratação, seja quanto à licitação, seja quanto a o contrato:

a) ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º); b) inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 32); c) restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 6º); d) inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12); e) novos critérios de julgamento (art. 18); f) previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29); g) previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II); h) possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10); i) previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11); j) previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º).

Observa-se, pois, que as inovações trazidas pelo regime diferenciado de contratações nasceram com o intuito de criar uma opção ao processo de licitar, de modo a garantir maior celeridade das contratações para que estas fossem viabilizadas em tempo hábil à realização dos eventos esportivos que seriam sediados no Brasil.

Acerca da contratação integrada, prescreve o parágrafo 1º do artigo 9º da Lei nº 12.462/2011:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

(...)

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

Conforme se vê, a contratação integrada possibilita ao vencedor do certame a elaboração tanto do projeto básico quanto do projeto executivo, o que difere daquilo que dispõe a Lei nº 8.666/93, a qual veda que isso ocorra.

De acordo com o que dispõe o art. 9º, inciso I, da lei de licitações, o autor do projeto básico ou executivo não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários.

Acerca do sigilo do orçamento estimado instituído pelo RDC, este é um dos pontos que enseja grandes debates e controvérsias, sendo uma dos

questionamentos da constitucionalidade da referida lei, sob o fundamento de que tal inovação afrontaria o princípio da publicidade.

Conforme dispõe o art. 6º, caput e § 3º, da Lei n. 12.462/11:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

(...)

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Da leitura do art. 6º depreende-se que o orçamento permanece em sigilo até a conclusão do certame, com acesso irrestrito apenas aos órgãos de controle externo e interno, o que inviabiliza o controle prévio dos atos da Administração Pública pelos cidadãos, tendo em vista que a população terá acesso apenas ao final do certame.

Ainda, como aduz Di Pietro (2014), é necessário se entender que o sigilo referido no § 2º somente perdura durante o procedimento da licitação, devendo posteriormente tornar-se acessível a todos os interessados, sob pena de infringência ao princípio da publicidade previsto no artigo 37, caput, da Constituição.

Isto porque, segundo a autora, os elementos contidos no orçamento servem de baliza ao julgamento das propostas, sendo importantes para motivação feita pela comissão de licitação, não havendo como negar o conhecimento de seus dados aos licitantes.

Na concepção de Dias e Ferreira (2012), aparentemente o objetivo com a mitigação da publicidade seria o de evitar conluios entre os terceiros que disputam a licitação. Entretanto, o sigilo do orçamento estimado não é a medida adequada para evitar as fraudes, mormente por restringir a publicidade dos atos administrativos.

Além da previsão do art. 6º da Lei 12.462/11, o art. 15 da referida lei também traz outras restrições à publicidade:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes

prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

(...)

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

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

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

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

Conforme se vê no inciso I do parágrafo 1º, é permitida à Administração, nos casos de consórcios entre entes públicos, a publicação do edital apenas no ente federativo de maior nível. Já o parágrafo 2º do citado artigo dispensa a publicação do extrato dos editais, no caso de licitações de obras cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou, no caso de bens e serviços, inclusive de engenharia, desde que não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Em relação à remuneração variável, outra inovação trazida pelo RDC, esta vem prevista no parágrafo único do art. 10º da Lei nº 12.462/2011, que assim dispõe:

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

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

Da análise do referido artigo, pode-se observar que a remuneração pressupõe o bom desempenho da contratada, sendo tal avaliação baseada em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e a atenção ao prazo de entrega, definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Essa possibilidade de variação da remuneração difere do que prevê a Lei nº 8.666/93, a qual, em seu artigo 55, inciso III, determina que o contrato deve estabelecer “o preço, as condições de pagamentos, os critérios, data-base, periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

O artigo 7º da Lei nº 12.462/2011 disciplina a autorização de exigências peculiares no caso de aquisição de bens pela Administração Pública, permitindo a escolha de marca e modelo nas licitações em que o RDC foi aplicado.

Prevê o citado dispositivo:

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”;
- (...)

Nesse sentido, diferentemente da regra estabelecida pela lei de licitações, que veda a indicação de marcas, características ou especificações exclusivas, só permitindo em alguns casos muito pontuais (previstos no art. 7º, § 5º, e art. 15, § 7º, inciso I), a aplicação do RDC, no caso de licitação para aquisição de bens, permite a indicação de marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas hipóteses previstas nas alíneas do art. 7º da referida Lei nº 12.462/2011.

Ocorre que, embora o regime diferenciado de contratações tenha conseguido atingir sua finalidade de celeridade e eficiência na execução de seus contratos, seu processo legislativo de criação e alguns de seus dispositivos foram alvos de questionamentos acerca de sua constitucionalidade, por possíveis vícios tanto formais quanto materiais.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que o RDC pode representar vantagem para o ente da Administração Pública que opte por esse regime, algumas dessas vantagens podem se traduzir em ofensa aos princípios orientadores da atividade

administrativa, bem como aqueles que regem o processo geral de licitação da Lei nº 8.666/93.

#### 4.4 Análise da (in)constitucionalidade do RDC

Em que pese o regime diferenciado de contratações trazer em sua essência algumas propostas inovadoras com o intuito de aumentar a eficiência das contratações públicas bem como garantir mais celeridade na sua execução, algumas de suas disposições bem como o processo legislativo de criação da lei deram ensejo à interposição de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade da Lei nº 12.462/2011: a ADI nº 4.645, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira, pelo Democratas (DEM) e pelo Partido Popular Socialista (PPS); a ADI nº 4.655, proposta pelo Procurador Geral da República.

O argumento do vício formal quanto ao processo legislativo responsável pela criação do RDC reside no fato de que a Lei nº 12.462/11 decorreu da Medida Provisória nº 527/2011, a qual, em sua redação original, tratava apenas da organização da Presidência da República e dos Ministérios, instituía a Secretaria de Aviação Civil, promovia as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal e autorizava a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo.

No entanto, durante a tramitação da Medida Provisória na Câmara dos Deputados, houve a apresentação de um projeto de lei de conversão, o qual acrescentou ao texto original da medida provisória o conjunto de disposições que instituíam o RDC, desencadeando grandes debates doutrinários acerca dessa possibilidade.

Esse vício formal foi utilizado como fundamento na ADI nº 4655 pelo Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos:

A inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CR). Isso por que tal espécie normativa 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.

(...)

Portanto, como a Lei nº 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida.

O segundo ponto de questionamento do regime diferenciado de contratações decorre da alegação de que o RDC estaria eivado de inconstitucionalidade material, pois seu conteúdo seria incompatível com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, notadamente no que se refere aos princípios que regem a atividade administrativa.

Um dos pontos questionados é o dispositivo que prevê o sigilo orçamentário, sob a alegação de que tal dispositivo fere o princípio da publicidade, estampado no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Conforme afirma Carvalho (2015, p. 1):

(...) existem algumas discussões acerca da inconstitucionalidade da lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações, de caráter material, nos quais se alegam a violação à moralidade e comprometimento do patrimônio público, além do desrespeito ao princípio da publicidade, haja vista a possibilidade de, em determinadas situações, somente se garantir a publicidade por meio de divulgação no sítio oficial do órgão público. Há, ainda, alegação à violação ao princípio da ampla competitividade, com a restrição de participação e possibilidade de escolha de marcas.

As ações de constitucionalidade questionam, ainda, o instituto da contratação integrada, visto que tal hipótese contempla apenas um anteprojeto em que será escolhido o vencedor, que realizará simultaneamente, o projeto básico e o projeto executivo. Ocorre que essa previsão legal poderia ofender materialmente os princípios da moralidade administrativa, isonomia e julgamento objetivo, além de poder gerar situações lesivas ao interesse público. Essa previsão, segundo alguns juristas, vai de encontro com alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93, notadamente o art. 7º, § 2º, I e II e art. 40, § 2º, I e II.

Nas palavras de Rezende (2014, p. 18):

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 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.

Conforme aduz Marçal Justen Filho (2013, p. 152):

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

Nesse sentido, essa situação lesiva ao interesse público pode ocorrer porque quando a Administração Pública deixa a cargo do particular tanto o projeto básico quanto o executivo, esse poder concedido ao contratado para definir o que será executado e sua forma de execução vai de encontro à exigência constitucional de delineamento prévio e preciso do objeto a ser licitado, uma vez que somente com um anteprojeto não seria possível formar a convicção de que o objeto a ser contratado era aquele desejado pela Administração Pública.

Portanto, diante da análise dessas inovações instituídas pelo regime diferenciado de contratações, infere-se que tal regime viola tanto os princípios que regem a atividade administrativa como os princípios básicos da licitação, em

especial o da impessoalidade, do julgamento objetivo e o da economicidade, causando, assim, a inconstitucionalidade do referido regime.

No entanto, as Ações Direta de Inconstitucionalidade que questionam esse regime ainda aguardam julgamento no plenário do STF, não havendo, portanto, qualquer declaração formal de inconstitucionalidade da Lei nº 12.462/2011, estando ela aplicável em todos os seus termos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual cenário político e econômico pelo qual o Brasil atravessa, é cada vez maior o interesse que a sociedade civil tem demonstrado pela fiscalização da forma como os recursos públicos são aplicados.

Conforme estabelece o art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública é regida por determinados princípios, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo a atividade administrativa ainda observar os demais princípios implícitos na Carta Magna bem como aqueles estabelecidos na legislação infraconstitucional.

Nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, as contratações públicas devem ser precedidas, em regra, de licitação. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 é o diploma normativo que rege o processo geral de licitações. Ocorre que tal lei, desde a sua edição, já sofreu diversas alterações, a maioria destas voltadas a diminuir o formalismo e garantir uma maior celeridade e eficiência nas contratações.

Sob esse enfoque, a criação do regime diferenciado de contratações resultou de diversas tentativas de alteração no sistema de licitações, com a finalidade de garantir maior agilidade na contratação e realização de obras públicas necessárias aos eventos esportivos mundiais que seriam sediados no Brasil.

Entretanto, decorridos mais de cinco anos desde o surgimento do RDC, existem alguns problemas decorrentes de sua aplicação, além de questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.462/2011.

Isso porque esse novo regime modificou algumas formas habituais de licitação e contratação previstas na Lei nº 8.666/93, criando um conceito inovador de contratações, o que gerou algumas controvérsias acerca de sua legalidade diante dos princípios que regem a Administração Pública, vindo a ser objeto de grandes debates na sociedade e no meio jurídico no que se refere aos verdadeiros interesses da sua instituição.

Nesse sentido, pela análise dos principais institutos contidos no regime diferenciado de contratações, denota-se que, se por um lado as novas possibilidades instituídas pela lei podem representar vantagens ao ente público que adota esse regime, algumas delas também podem se mostrar como ameaças aos

princípios constitucionais que orientam a atividade administrativa, bem como aqueles específicos que regem o processo de licitação.

Diante do que fora exposto no presente trabalho, demonstramos que o regime diferenciado de contratações fere, em diversos dispositivos, os princípios constitucionais estampados no artigo 37 da Constituição Federal bem como aqueles que orientam o processo licitatório, sendo a Lei nº 12.426/2011, portanto, eivada de inconstitucionalidade.

É inegável que o processo de contratações públicas no Brasil necessita de uma reformulação, de modo a diminuir os formalismos e garantir maior celeridade e eficiência na execução das obras. Entretanto, em que pese o regime diferenciado de contratações satisfaça essas necessidades em alguns pontos, verificamos que tal norma não pode contrariar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Desse modo, entendemos ser necessário que o Poder Legislativo brasileiro atue de forma mais eficaz, no sentido de unificar as normas que regem o processo de licitação, atualizando a Lei nº 8.666/93 com as inovações trazidas pela Lei nº 12.462/2011, permitindo, assim, maior celeridade e eficiência nas contratações bem como maior economia de recursos públicos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. N° 60. Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 29 ago. 2016

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. (Redação dada pelo Decreto nº 8.251, de 2014). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581compilado.htm)> Acesso em: 3 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)> Acesso em: 3 ago. de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm)> Acesso em: 4 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm)> Acesso em: 4 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12462.htm)> Acesso em: 3 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.598, de 21 de março de 2012.** Estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa; dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa; altera a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Lei/L12598.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12598.htm)> Acesso em: 4 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>> Acesso em: 5 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>> Acesso em: 5 ago. 2016.

CARVALHO, Matheus. **Consórcios públicos.** 2015. Disponível em: <<http://matheuscarvalho.com.br/consorcios-publicos/>> Acesso em: 1. set 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. **A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas:** algumas considerações críticas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Disponível em:  
<[https://books.google.com.br/books?id=ZQPqmLILmclC&pg=PA9&lpg=PA9&dq=contrata%C3%A7%C3%B5es+para+as+copas+e+jogos+ol%C3%ADmpicos+motta+e+bicalho&source=bl&ots=vSf7xl62hD&sig=8fwcSW1tUNFcCo\\_mKi5FYilcjWQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj6taes\\_IzPAhXGHB4KHeeZA4IQ6AEIzAB#v=onepage&q=contrata%C3%A7%C3%B5es%20para%20as%20copas%20e%20jogos%20ol%C3%ADmpicos%20motta%20e%20bicalho&f=false](https://books.google.com.br/books?id=ZQPqmLILmclC&pg=PA9&lpg=PA9&dq=contrata%C3%A7%C3%B5es+para+as+copas+e+jogos+ol%C3%ADmpicos+motta+e+bicalho&source=bl&ots=vSf7xl62hD&sig=8fwcSW1tUNFcCo_mKi5FYilcjWQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj6taes_IzPAhXGHB4KHeeZA4IQ6AEIzAB#v=onepage&q=contrata%C3%A7%C3%B5es%20para%20as%20copas%20e%20jogos%20ol%C3%ADmpicos%20motta%20e%20bicalho&f=false)> Acesso em: 20 ago. 2016.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas**: comentários à Lei nº 12.562/2011. Núcleo de estudos e pesquisas do Senado. Ago/2011. Disponível em:  
<[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925\\_Relatorio\\_->](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatorio_->) Acesso em: 1 set. 2016.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações – RDC. In: **L&C Revista de Administração Pública e Política**. Brasília, n. 159. Set. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.