



UNICEUB – Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências jurídicas e Sociais

Curso de Direito

LEONARDO HENRIQUE ALVES DE ALENCAR DOS SANTOS

AS OBRAS DA COPA DO MUNDO À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES

Brasília

2012

LEONARDO HENRIQUE ALVES DE ALENCAR DOS SANTOS

AS OBRAS DA COPA DO MUNDO À LUZ DA LEI DE LICITAÇÕES

Monografia apresentada para obtenção de aprovação na disciplina Monografia III do curso de Direito do UNICEUB

Brasília

2012

RESUMO

Se comparado com a Lei Geral de Licitações Públicas de nº 8.666/93 o Regime Diferenciado de Contratações Públicas com origem na Lei nº 12.462/2011 figura como exceção e dado o seu caráter peculiar atua na posição de legislação especial. A partir de suas especificações no que o RDC fora elaborado alguns de seus pontos de atuação colidem com o regramento geral, assim o presente trabalho propõe-se a verificar em que medida a legislação especial destoa do regramento geral e se a mesmo infringe a Lei geral de licitações, notadamente acerca da transparência de recursos públicos. A metodologia é a técnica de pesquisa bibliográfica seguida do método dedutivo. A abordagem de doutrinas consultadas mostrou-se restrita tendo em vista o RDC é norma inovadora no campo do ordenamento jurídico. Os resultados provaram que o RDC não agride a Lei geral de Licitações, apenas difere da outra no seu sentido formal porque se direciona à matéria específica de contratação pública, isto é, as obras da Copa do Mundo de 2014.

Palavras- Chave: Direito Administrativo. Obras da Copa. Regime Diferenciado de Contratação Pública. Exceção. Regramento.

ABSTRACT

If compared with the General Law on public tenders No. 8,666/93 the differentiated Regime of Public Contracts with origin in law No. 12.462/2011 figure as exception and given its peculiar character acts in the position of special legislation. From your specifications in the DRC out elaborate some of your points of performance collide with the overall Bill, so this work proposes to verify to what extent special legislation differs from the General Bill and if the same breach of the General Law on public tenders, notably about the transparency of public resources. The methodology is the technique of bibliographic search followed by the deductive method. The approach of doctrines consulted was restricted with a view to the DRC is innovative in the field of standard legal system. The results proved that the RDC does not harm the General Law, Bids only differs from the other in its formal sense because it directs to the specific matter of public procurement, that is, the works of the 2014 FIFA World Cup.

Key-words: Administrative Law. Works from the World Cup. Differentiated Regime of public procurement. Exception. Bill.

SUMÁRIO

1. OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA ISONOMIA ANTE A EXCEÇÃO DA LEI 8.666/93	8
1.1 Considerações iniciais	8
1.2 A exceção da Lei 8.666/93	10
1.3 Regramento do RDC versus normas gerais de licitação pública	13
1.4 Verificando a possibilidade da infringência da lei de licitações públicas pelo RDC18	13
2. O CONTROLE SOCIAL NO ÂMBITO DO RDC	21
2.1 Atendimento ao interesse público no procedimento licitatório do RDC	21
2.1.1 Os recursos públicos	25
2.2 O orçamento sigiloso no RDC	26
2.3 Aspecto material das regras do RDC	31
3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA É INCONSTITUCIONAL OU CONSTITUCIONAL EM FACE DA REGRA GERAL DE LICITAÇÃO PÚBLICA?	37
3.1 Vantagens do RDC	37
3.2 A constitucionalidade do RDC	39
3.3 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade	43
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Não obstante a complexidade de procedimentos normativos presente na Lei Geral de Licitações Públicas nº 8.666/93, bem como o necessário anseio do legislativo em reformar essa mesma lei, tendo em vista a extensão ações que nela são exigidas pelos certames licitatórios, o Regime Diferenciado de contratações (RDC) públicas presente na Lei nº 12.462 foi instituído no ano de 2011 para especificar e até direcionar a forma de se contratar serviços públicos e promover contratos relativamente ao processo licitatório das obras da Copa do Mundo de 2014. Valendo-se da realidade apresentada pelo RDC surgiram pontos conflitantes com relação à alguns de seus dispositivos, porque os mesmos em muito se chocaram com o regramento geral, destaca-se a realização do orçamento da licitação é feito de modo sigiloso em parte, vez que apenas os órgãos de controle possuem acesso, dentre outras normas que especificam ações de forma facultativa ao processo licitatório e portanto abrem margem às discussões.

Destarte a repercussão negativa que o RDC promoveu no campo prático de licitações públicas refere-se à transparência na administração de recursos públicos, à sua condição de legislação especial, bem como a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Assim, com base nesses pormenores é que o objetivo do presente trabalho monográfico é verificar em que medida o RDC compromete a transparência dos recursos públicos.

Para tanto, serão abordados doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Renato Monteiro de Rezende, Luis Roberto Ponte, Justen Marçal Filho, José Afonso da Silva, Diógenes Gasparini, Joel de Menezes Niebur, Leonardo Silva Batista, Carvalho Pinto, Benjamim Zymler, Lucas Rocha Furtado, Alice Gonzales Borges. A respeito da metodologia valeu-se do método dedutivo da técnica de pesquisa bibliográfica e documental pertinente. Assim foram elaborados três capítulos: No primeiro 1º capítulo buscar-se-á explorar os princípios da moralidade administrativa considerando a exceção ao regramento geral de licitação pública, de forma que se expôs o entendimento acerca da processualística que envolve a licitação pública, a exemplo da competência em instituir normas para tal processo, também se discorreu sobre a exceção do regramento geral de licitação, além da exposição de ações que demonstram um confronto entre o RDC e a Lei nº 8.666/93.

Já o 2º capítulo referir-se-á ao questionamento acerca do controle exercido por parte da sociedade em relação ao RDC, em que se destacam o atendimento ao interesse público no procedimento de contratação pública segundo o RDC, uma breve abordagem acerca dos recursos públicos e o orçamento sigiloso conforme normativa do RDC. O 3º capítulo, o mesmo será importante para tratar das vantagens e desvantagens do RDC, sobretudo para demonstrar se o RDC é constitucional ou inconstitucional, em especial como figura de exceção ao regramento contido na Lei nº 8.666/93.

A escolha de referido tema justificar-se-á pelo que o mesmo aduz em matéria de direitos para a sociedade, mais especificamente sua importância perante a Administração Pública e constitui tema em voga na atualidade. Por fim, a questão de pesquisa que permitiu a fundamentação do presente trabalho foi: Em que medida a exceção da Lei nº 8.666/93 compromete a transparência de recursos públicos?

1. OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA ISONOMIA ANTE A EXCEÇÃO DA LEI 8.666/93

1.1 Considerações iniciais

A licitação pública é um procedimento administrativo em que pessoas públicas através de critérios legais são obrigadas, estes sendo o artigo 37, XXXI, da Constituição Federal de 1988 e artigo 175, a convocar interessados para celebrar negócios à luz de melhor proposta apresentada, a fim de compor o rol de objetivos do Poder Público. Os negócios que se encontram regulados pelo Direito Administrativo consistem em atos para permissão de uso de bens públicos e contratos de alienação, aquisição e locação de bens públicos, ou ainda execução de serviços e obras.¹

Por certo, a finalidade da licitação é que sejam atendidos os interesses financeiros da entidade subordinada ao processo licitatório e promover a igualdade de oportunidades de pessoas que almejam negociar contratos com estas entidades. Destaca-se que referido proceder pertence ao regramento dado pela Lei de Licitações nº 8.666/93 em seu artigo 3º, com alterações concebidas pelas Leis Federais nº 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99. A partir deste aspecto legal, as licitações dividem-se, quanto às finalidades em: licitação fracassada, quando há vício jurídico ou insatisfação das propostas e licitação deserta, na hipótese de ausência de proponente.²

O processo de licitação deve ocorrer em acordo com os princípios que regem a Administração Pública, conforme determina o artigo 3º da Lei Federal de Licitações nº 8.666/93: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, fiscalização da licitação por interessados.³ Sucede que este último princípio garante a ética na realização da licitação pública por parte da ação do agente público. Todavia, tomando por base todos os princípios, tem-se o escopo das licitações. Bastando para esta compreensão, analisar o princípio da publicidade, o qual informa todo o processo da licitação pública.

Na órbita das licitações Públicas, o objeto da licitação traduz-se em tantos quantos forem os negócios desejados pela entidade obrigada a licitar, desde que seja observado que referidos negócios possam ser obtidos de mais de um ofertante, ou caso sejam ofertados,

¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P.427.

² Idem. p. 428.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. ver. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

interessem a mais de um administrado. Destarte, não há objeto de licitação quando não ocorre disputa, certame ou concorrência entre os interessados em contratar com a entidade obrigada a licitar, porque sem sentido lógico, jurídico e prático. Ademais, para que o objeto seja validado para a licitação deverá obedecer as cautelas de praxe dos princípios da Administração Pública.⁴

A competência em instituir normas gerais de licitação e contratação é da União, direcionando-se às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atendendo ao que manda o artigo 37, XXI e, ainda relativamente ao que dispõe o artigo 173, § 1º, III legisla para as empresas públicas e sociedade de economia mista, concomitantemente correspondendo o que prevê o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, os Estados membros, o Distrito Federal e Municípios, ante o modelo atual de repartição de competências entre os entes federados, devem editar normas tão compatíveis quanto as que realizadas pela União.

A finalidade da Licitação Pública é cumprir o princípio da isonomia, segundo o qual só há licitação pública nas hipóteses em que todos os interessados sejam tratados de modo igual. A licitação visa proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa e, em segundo lugar, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas, consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/93.⁵ Por efeito disso afirma-se que como regra da licitação pública, respaldada pelo princípio da igualdade e da moralidade, tem-se a exigibilidade de licitação pública.

Outro é o entendimento de que faz parte a inexigibilidade da licitação pública, qual seja, ante a possibilidade da competição inerente à licitação pública tornar-se inviável, porque ausente a utilidade e, causar empreendimento pelo certame e o interesse público não ficando satisfeito, tem-se a inexigibilidade, haja vista não preencher as modalidades de contratar da Administração Pública.

Imprescindível, neste sentido, distinguir inexigibilidade de dispensa de licitação pública, isto é, diz-se da dispensa em licitação quando a Administração não apresenta o interesse em licitar serviços públicos, enquanto a inexigibilidade comporta a idéia de que se não realiza negócio público, o faz em virtude da ordem fática das coisas.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2010. p. 187.

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 253.

As hipóteses enunciadas pelo legislador como o de inexigibilidade são as seguintes: 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 de 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, para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.⁶

Tais assertivas fazem com que se perceba a inexigibilidade da licitação pública a mercê da inviabilidade de competição, da não relação de exclusão na competição, do não cotejamento de mais de uma proposta que melhor atender ao interesse público e do não critério objetivo. Ficaria controversa demais a situação em que o agente público pautasse os atos administrativos sob o critério subjetivo, notadamente tirando, assim, todo o certame da licitação.

1.2 A exceção da Lei 8. 666/93

Analisando o procedimento da licitação pública, a mesma poderá ser realizada mediante procedimentos típicos, quais sejam, tomada de preços, pregão, e demais modalidades do art. 22 da Lei de Licitações Públicas, os quais deverão estar em conformidade com os princípios da Administração Pública.

Assim, verifica-se na exceção à regra da licitação pública que também poderá ser realizado um procedimento atípico, quando a Administração agindo discricionariamente e com a finalidade de contratar da forma mais vantajosa possível, segundo aduz Marçal Justen Filho⁷. Está claro que a Administração Pública, direta e indireta pode licitar de modos diferenciados, porém não se exclui da obrigatoriedade da licitação Pública, conforme resguardo ofertado pela EC nº 19/98 ao artigo 37, XXI da Constituição federal de 1988. A

⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010. p.227.

este tipo de exceção ao regramento da LLC qualifica-se como procedimento licitatório simplificado.

Ocorre que o modelo simplificado faz parte de uma inovação legal implantada pela Medida Provisória 527/2011 que ensejou a aprovação recente da Lei nº 12.462/2011, ou seja, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Diz-se do caráter da Lei como modelo simplificado por causa do estabelecimento de novas regras às licitações que se referem especificamente às obras da Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016 e que por isso, foram arguidas diferentemente do regramento geral da Lei de Licitações Públicas nº 8.666/93. Esse aspecto diferenciado da Lei de Licitações Públicas, em que o modelo simplificado se debruçou foi caracterizado por Renato Monteiro de Rezende⁸ como *Lei ad Hoc. Ad Hoc* porque de seu âmbito temporal, espacial, objetivo e subjetivos limitados, sobretudo por contrariar diversos dispositivos, normas, estabelecidas pela Lei Geral de Licitações Públicas.

Arguindo sobre do que destoa o modelo simplificado de Licitação Pública, há ponto conflitante no que se observa das críticas desferidas à Lei nº 8.666/1993, ou seja, é constante o parecer de que a então referida Lei de Licitações Públicas possui extenso rol burocrático quanto às suas prescrições, o que de fato, para os críticos obsta a celeridade do processo licitatório e em especial as garantias de condições vantajosas para a Administração Pública. Destarte, é ante opiniões formadas como esta última que, em virtude da necessidade da urgência na construção de infraestruturas para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, o Congresso aprovou recentemente a Lei nº 12.462/2011, ou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), procedimento legal que enseja o afastamento da incidência da Lei nº 8.666/1993 nos contratos e licitações que se direcionarem aos eventos desportivos.

Imperioso observar que o conflito aparente entre o RDC e a Lei de Licitações Públicas está no que o novo regramento que se diz simplificado nada apresenta de regra geral, mas sim regulação específica, portanto limitada ao contexto de atuação dos eventos desportivos e, uma vez afastando a aplicação das normas contidas na Lei nº 8.666/93, então não há que se falar em normas gerais.⁹

Não é demais observar que a novel legislação específica constante do RDC suscitou debates acerca de sua constitucionalidade, a despeito de ser lei casuística em face de ser

⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei nº 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei nº 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

opção por via rápida do processo legislativo das medidas provisórias, com especialidade para regular as licitações e contratos para os eventos desportivos e obras de infraestrutura e dos serviços para aeroportos das capitais dos estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos eventos desportivos.

Sem embargo, as discussões que norteiam a edição do modelo simplificado de licitações, isto é, o RDC, orientam-se no sentido de que ao invés do Poder Executivo enviar projeto de reforma da lei geral de licitações, acionou a base congressual para aprovar lei especial para regular os contratos necessários à Copa do Mundo de Futebol de 2014 e Olimpíadas de 2016.

Trazendo o modelo simplificado de licitação pública, enquanto exceção ao regramento da LLC, na fase hodierna, tem-se que os princípios da moralidade e da isonomia não foram observados por completo, em função do sigilo do orçamento da licitação pública imposto pela Medida Provisória nº 527/2011 e conseqüentemente a sua Lei nº 12.462/2011 para a realização das obras da Copa de 2014, que não se coaduna com os princípios enaltecidos da moral na Administração Pública com força de Lei no artigo 37 da CF/88, a qual deverá estar livre de qualquer vício, da ausência de publicidade, da falta de isonomia para com os licitantes e especialmente com os detentores da titularidade do patrimônio público, a sociedade.

Neste sentido, é importante definir o procedimento licitatório simplificado, em que Leonardo Silva Batista prescreve:

Diz-se simplificado o procedimento licitatório quando a lei não vincula a Administração a procedimentos preestabelecidos, sendo que a contratação fica condicionada à cláusula geral da escolha da proposta mais vantajosa. Vale dizer, a lei estabelece que a licitação em sentido estrito (suas modalidades) é dispensável, mas a Administração ainda tem o dever de agir à luz do princípio da obrigatoriedade de licitação em sentido amplo, por isso é obrigada a realizar procedimento simplificado em que o custo e a complexidade de sua operação sejam proporcionais à necessidade averiguada no caso concreto.¹⁰

O processo licitatório simplificado é matéria pacificada pelo TCU: “Realize pesquisa de preços e inclua os resultados nos processos de contratação por dispensa de licitação, em atendimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.” Ante o novo regramento de licitação pública, em face de sigilo quanto ao

¹⁰ BATISTA, Leonardo Silva. **Dispensa de licitação: uma exegese principiológica do instituto jurídico da contratação direta.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2984, 2 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19918>>. Acesso em: 24/10/2011.

orçamento a ser utilizado para o certame licitatório das obras da Copa do Mundo, como os princípios administrativos da transparência e a moralidade processar-se-ão? Ademais, como se dará o princípio da publicidade se somente os órgãos de controle interno da Administração Pública terão acesso ao orçamento da licitação simplificada, ainda que passageiro?

Conforme o Procurador Geral da República Roberto Gurgel o Ministério Público está se posicionando no sentido de que entende inconstitucional o Regime Diferenciado de Contratações, tanto que pretende questionar isto no Supremo Tribunal Federal. Para o procurador os dispositivos do RDC dificultam a transparência e o controle dos recursos públicos, assim, afirmou o mesmo: “O Ministério Público não quer inviabilizar a Copa, mas quer que o evento se realize sem grandes prejuízos ao erário”.¹¹

Há outras críticas oriundas de organizações como a Ordem dos Advogados com relação ao possível aumento de aditivos nos custos da licitação em face do novo regime de licitações. Soma-se à essa reprovação o fato de que o modelo de contratação integrada pelo RDC, qual seja, a empresa que ganhar o processo licitatório fica responsável por elaborar o projeto básico e executar a obra, isto em detrimento do regramento atual, o que permite a orientação de que critérios subjetivos a contrariar o princípio da impessoalidade na Administração Pública deverá ser mitigado ou erradicado, haja vista favorecimentos a um determinado licitante.

1.3. Regramento do RDC versus normas gerais de licitação pública

O regramento do RDC pode ser verificado nos artigos de 1º a 4º da Lei nº 12.462/2011, com restrição das novas regras de licitações afetas à realização das obras da Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo de 2014, seguido de jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, além das obras de infraestrutura e serviços para aeroportos das capitais dos Estados que se encontrarem distante em 350 quilômetros das cidades sedes dos ditos eventos desportivos.

A legislação constante do artigo 2º do RDC define que se afastem as normas inerentes à Lei nº 8.666/1993. Assim, o problema que reside nas inovações trazidas pelo

¹¹ **MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE QUESTIONAR A CONSTITUCIONALIDADE DO RDC.** Disponível em: <http://www.jogoslimpos.org.br/>. Acesso em: 20/03/2012.

RDC é que o certame licitatório proposto é a norma geral, quando na verdade privilegia algumas dentre as várias pessoas de direito público. É importante, neste sentido, evocar o que disse Carvalho Pinto¹²:” não são normas gerais as que visem particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie. Não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.

A partir do disposto no artigo 37, XXI da CF/88, a União institui normas gerais de licitação à luz do princípio da igualdade, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. E, de acordo com o artigo 173, § 1º, III e artigo 22, XXVII da CF/88, a União edita normas gerais para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, o previsto no artigo 2º do RDC contrasta com o sentido de previsão das normas gerais, pois ao legislar afastando as normas que estão consolidadas na Lei Geral de Licitações Públicas, pratica a exclusão do conceito de norma geral. Não se poderia admitir, nesse consenso do RDC, sua previsão legal como norma geral, tendo em vista que suas normas se impõem a apenas algumas pessoas jurídicas de direito público, ou ainda à algumas poucas situações.

Ademais, a disciplina licitatória do RDC difere em muitos aspectos da sistemática da Lei nº 8.666/93, haja vista define disciplina específica para os certames e contratos necessários à realização dos eventos desportivos que menciona. Todavia, o RDC não mencionou a fixação de normas para regularizar as licitações e contratos dos entes federados no geral, ao passo que especificou somente os que cabem à estrutura respectiva à realização dos eventos desportivos. Verifica-se, neste caso que, ao discriminar os beneficiários do certame licitatório, o RDC ignorou o princípio da impessoalidade para dar lugar aos critérios pessoais, sobretudo afastando a competência da Lei Geral de Licitações Públicas, qual seja, a 8.666/93.

Acerca do princípio da impessoalidade, importante citar Hely Lopes Meirelles:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.¹³

¹² CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. **Normas gerais de direito financeiro**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 41.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 edição. ed. Malheiros. 2001. p. 85.

Tomando as normas constitucionais dos artigos 37, XXI e 22, XXVII em confronto com o artigo 2º do RDC, verifica-se verdadeira inconformidade com os princípios normativos da Carta Magna, vez que o interesse pessoal impera no certame licitatório. É que, em realizando a Administração segundo critérios específicos, o gerenciamento de bens públicos que não sob as normas gerais, afasta-se do interesse público. Tem-se, assim, o desvio de finalidade da Administração Pública. No caso do RDC, sob a análise da principiologia da Lei nº 8.666/93, não predomina o interesse público para o qual a Administração Pública está voltada.¹⁴

Não obstante, o não respeito aos princípios da Administração Pública, quais sejam, o da moralidade, impessoalidade, o RDC com suas normas, repita-se, não são gerais, dada a incompatibilidade com a Lei nº 8.666/93 de competência Federal, eis que se restringe a um detalhismo, portanto não pode ser classificada como norma geral. Nestes termos há que a norma do RDC observar a norma geral, do contrário a sua fragilidade continuará sendo provada. Até mesmo a Lei de Licitações Públicas é taxada pela maioria da doutrina como detalhista, burocrática, contudo não se provou que não se coaduna com o caráter de lei geral.¹⁵

Grosso modo, o RDC ao afastar o reconhecimento das normas gerais próprias da Lei de Licitações Públicas nº 8.666/93 atribui à União a derrocada da competência para impor normas aos entes federados, em sede de licitações. Vê-se, assim, que não foram observadas pelo RDC as regras de competência legislativa. Ademais, esquece-se que se tratando de processo licitatório nos liames do RDC, a Administração Pública deve ser respeitada no seu regramento. Curiosamente citou Marçal Justen Filho:

A fórmula utilizada no art. 22, XXVII, da Lei Maior, ao aludir a normas gerais sobre licitações, em todas as modalidades, deixou claro o intuito do constituinte de assegurar que o conceito de norma geral abrangesse a disciplina dos diferentes procedimentos licitatórios.¹⁶

Ao provocar tratamento diferenciado para procedimentos licitatórios que são similares, verifica-se elevado grau de aplicabilidade de subjetivismo do legislador ao regime jurídico de licitação pública.

¹⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

¹⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de Licitações e contratos administrativos**, São Paulo: Dialética, 2004, p. 14.

O objeto da Licitação no RDC segundo seu artigo 5º é definido no instrumento convocatório, restringindo-se especificações excessivas, irrelevantes e desnecessárias, o que denota compatibilidade com a Lei Geral, cita-se artigo 14, 38 e 40, inciso I. O valor da contratação pública somente pode ser estimado, conforme elucida o artigo 6º do RDC, ao final da licitação, o que enseja caráter sigiloso ao procedimento inovado de contratos da Administração Pública.¹⁷ Com afincio, os órgãos de controle interno e externo possuirão livre acesso ao certamente licitatório constante do RDC.

Ante a necessidade de padronização do objeto para atender à necessidade da entidade contratante, marca e modelo do objeto deverão ser indicados na regência do artigo 7º, quando se tratar de licitações de compras. Por sua vez, a Lei de Licitações Públicas nº 8.666/93 autoriza a indicação da marca do objeto em face de aspectos técnicos. Neste sentido cita Lucas Rocha Furtado¹⁸: Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) têm admitido, por interpretação dos citados dispositivos da Lei Geral, a indicação de marca em editais de licitação, nas situações contempladas na Lei nº 12.462, de 2011.

Corroborando com a observância dos procedimentos da Lei de Licitações junto ao RDC, Benjamim Zymler asseverou:

O RDC é fruto de uma experiência inovadora entre o Tribunal de Contas da União e o Governo Federal. Ele foi criado para agilizar as obras dos grandes eventos esportivos sem prejuízo à administração pública do País. Pois, a punição não é o caminho mais importante para o controle, mas uma fiscalização preventiva. No entanto, é importante ressaltar que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas está em constante análise e merece atenção tanto dos órgãos de fiscalização, quanto dos administradores¹⁹.

Fazer um paralelo entre a Lei Geral de Licitações Públicas e o RDC também pressupõe a intenção de promover maior controle a gestão dos bens públicos, não com o intuito de punir, mas tão somente provocar a fiscalização constante de referidos procedimentos em nome da moral da Administração Pública.

¹⁷ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 90.

¹⁹ ZYMLER, Benjamim. **Presidente do Tribunal de Contas da União**. Entrevista sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

1.3.1 Verificando a possibilidade de infringência da lei de licitações públicas pelo RDC

A doutrina que trata do RDC em confronto com a Lei de Licitações Públicas nº 8.666/93 tem pontuado que o Regime diferenciado de contratações públicas por estabelecer situação diferenciada de contratos públicos, notadamente em relação aos eventos desportivos, não possui o condão de equiparar-se ao teor da norma constante da Lei de Licitações Públicas, qual seja, o de norma geral, tendo em vista que a Lei nº 12.462/2011 impõe-se a terminada pessoa de direito público.

Pacificando a questão, prioriza-se o posicionamento de Carvalho Pinto:

- 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;
- c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.²⁰

Com efeito, é preciso o necessário amparo doutrinário para o completo entendimento acerca das comparações que se vem fazendo entre o RDC e a norma geral de Licitações Públicas. Está claro, com base em análise às normatizações específicas de cada um dos instrumentos legais preteridos nas discussões, que há disciplina diferenciada para os certames dos eventos desportivos, ao mesmo tempo em que há normas gerais de licitações e contratos dos entes federados, no geral, a serem cumpridos.

A doutrina discordante alega que normas gerais, assim não são, quando particularizam apenas algumas situações ou pessoas, a exemplo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que se destina a legislar em favor dos jogos olímpicos nas Copas do mundo, vindouras. Contudo, o fato do RDC não fixar normas gerais aos entes federados, o exclui da competência do legislador federal para editá-lo.

Destarte, reputa-se o RDC como incompatível com a Lei Geral de Licitações Públicas pelo que o regime não apresenta normas de caráter geral, tal como na Lei nº 8.666/93. Acalourando essa discussão vem Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ e aduz:

²⁰ CARVALHO PINTO. **Normas gerais de direito financeiro**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.

²¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Nenhum estudioso sustenta, porém, que a referida Lei seja constituída exclusivamente por normas de viés particularizante e incompatível com o grau de abstração que se espera de uma norma geral. Portanto, acredita, nesse sentido, a doutrina, que se há normas gerais contidas na Lei de Licitações Públicas para os contratos a serem firmados pela Administração Pública, então o RDC não poderia desviar-se da completa aplicação da Lei nº 8.666/93. Postulam, assim, a inconstitucionalidade do RDC.

Outrossim, o escopo normativo do RDC, isto é, a Lei nº 12.462/2011, permite observar condições, procedimentos, nos liames do regime proposto, sobretudo não dando ênfase à qualquer discussão que comprometesse referido parecer. Como bem observou Marçal Justen Filho:

A fórmula utilizada no art. 22, XXVII, da Lei Maior, ao aludir a normas gerais sobre licitações, em todas as modalidades, deixou claro o intuito do constituinte de assegurar que o conceito de norma geral abrangesse a disciplina dos diferentes procedimentos licitatórios.²²

No entanto, a prática difere do preconizado na Constituição Federal de 1988, em especial com a vigência do RDC, vez que sua exegese define processos específicos na abordagem de diferentes processos licitatórios e não priorizando o que defende a Lei Geral de Licitações Públicas por força do artigo 22, XXVII, da Carta Magna. Disto infere-se que há importância do legislador, quando da edição do RDC em observar a norma geral, tendo em vista, a relevância jurídica que a Lei Geral de licitações possui em cada ente federado.

De outra banda, essa discussão que norteia a elaboração do RDC, de modo que, supostamente, contraria dispositivos constitucionais, se envolto pela análise do conteúdo legal da Lei Geral de Licitações Públicas, percebe-se que, ante o detalhismo presente na Lei nº 8.666/93 nem todos os dispositivos legais adequam-se como normas gerais. Todavia, é inegável que em face da disposição de normas gerais na Lei Geral de Licitações Públicas, segundo maior parte da doutrina esclarece, o RDC torna-se inconstitucional à medida que afasta a aplicação da Lei nº 8.666/93 no § 2º de seu artigo 1º.

Há que se observar que ambos os dispositivos colidentes nas discussões acerca da possível infringência ou não do RDC em relação à Lei de Licitações Públicas, possuem regramento próprio sobre o qual repousa todo o procedimento de cada uma das atuações

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, São Paulo: Dialética, 2004, p. 14. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências Administrativas dos Estados e Municípios – Licitações. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994, p. 36.

normativas. Grosso modo, essa regra geral que envolve a necessidade de melhor elucidação sobre o RDC versus a Lei nº 8.666/93 depende, na prática, das regras de atuação, haja vista que a doutrina já explicitou que a norma geral não é necessariamente regra de atuação. Rubens Gomes de Souza ao explicar sobre o RDC e a Lei geral de Licitações Públicas diz que:

Casos haverá em que a regulamentação do detalhe estará na própria essência da norma geral, a fim de assegurar a observância do princípio no próprio funcionamento do instituto jurídico por ele regulado. Em suma, a norma geral não é necessariamente regra de conceituação apenas, mas também regra de atuação.²³

De posse do entendimento doutrinário busca-se perpetuar que a instituição do RDC pelo legislador visava a observância da regulação normativa apenas do instituto em si e não corromper a outra norma decorrente do regramento geral de licitação pública. De outra forma, é visível que o regramento geral de licitações aplicado ao caso concreto assume certas particularidades, o que não significa que a tese de que o RDC infringe a Lei Geral seja levado à termo. A existência de uma norma geral implica em admitir que a mesma possa tornar-se sua intimidade, na prática de suas disposições, o então ela não poderá existir, vez que não poderá atuar, sob nenhuma forma.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

O extenso rol de matérias disciplináveis conjuntamente pela União e pelos Estados, constante do art. 24 do texto constitucional, inclui, por exemplo, produção e consumo, proteção ao meio ambiente, educação e ensino, proteção e defesa da saúde. Ninguém dirá que a proibição de comercialização de determinados produtos nocivos à saúde em escala nacional possua caráter apenas principiológico ou conceitual.²⁴

É que, interessado na uniformização das medidas estatais, em aplicação ao caso concreto, o interesse público se envolve no caráter geral da norma. Todavia, para o entendimento do que sejam normas gerais imperam o grau de abstração da disciplina da norma e as razões que motivaram a uniformização de uma matéria.

Mais que o entendimento sobre a uniformização das normas licitatórias é o fundamento de que a legislação de contratos e licitação tende a declinar sobre pormenores,

²³ SOUZA, Rubens Gomes. **Normas gerais do direito financeiro**. In: **Revista de direito administrativo**, vol. 37, jul./set. 1954, pp. 12-34.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

na sua forma de atuar apresentar certames e instrumentos convocatórios. Ademais, as normas gerais veiculam princípios e diretrizes para ajustar-se às normas constitucionais, que por sua vez justificam a disciplina uniforme da atuação das leis. Na prática, as normas gerais são merecedoras da posição de referencial porque atuam como requisito para a concretização de princípios.

Sob outro prisma, verifica-se que responder se o RDC infringiu a Lei Geral de Licitações Públicas implica em tecer análise pormenorizada dos aspectos mínimos constante da atuação do RDC em comparação com os que são parte do regramento geral de licitações públicas. Com o intuito de responder questões como a suscitada, o legislador tratou de situar as competências legislativas da União para editar normas sobre licitações e matérias constantes do artigo 24, para regular as competências concorrentes. Em sede de licitações as competências da União foram definidas no artigo 22 da CF/88. Importa perceber, neste aspecto, que as matérias pertinentes ao ente central foram havidas como tema de norma geral.

Frise-se que são normas gerais no consentimento de Alice Gonzales Borges²⁵: a) os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades licitatórias; b) prazos mínimos de publicidade dos instrumentos convocatórios; c) prazos mínimos para a interposição de recursos. De se notar que na hipótese de uma lei impor à todos os entes federados limites mínimos e máximos dependendo do caso, como garantia de observância dos princípios constitucionais, às licitações e contratos, a mesma deverá ser objeto de lei geral.

Todas as alegações que foram citadas alhures remetem à realidade e às necessidades fáticas, as quais são religiosamente relevadas pela norma constitucional e até mesmo pelo intérprete.

De fato, as dúvidas que remanescem quanto à infringência do RDC a Lei Geral de Licitações Públicas são esclarecidas pela doutrina em função do entendimento entre as relações da legislação nacional e a estadual, da compreensão de norma geral em princípios e diretrizes e da regulação da União de modo minucioso o seu objeto.²⁶

²⁵ BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 93.

²⁶ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

2. O CONTROLE SOCIAL NO ÂMBITO DO RDC

2.1 Atendimento ao interesse público no procedimento licitatório do RDC

É sabido que o processo de contratação de serviços públicos pelo Estado deve priorizar o interesse público, sem o que o fundamento da Administração de Recursos Públicos seria nulo. Assim, espera-se que o Regime Diferenciado de Contratação também atenda ao interesse da sociedade, tendo em vista que para atender aos objetivos da gestão de recursos públicos, maior relevância se dá ao controle social feito pela sociedade.

Conforme Jorge Ulisses Jacoby são objetivos do RDC:

- 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- incentivar o tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.²⁷

Vê-se que o interesse social priorizado em aludidos objetivos preconizados no RDC dá ênfase ao princípio da isonomia, princípio insculpido na Constituição Federal de 1988, qual seja: 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.²⁸

Neste sentido Maria Eliza Braz Barbosa ensina em importante lição acerca do princípio da isonomia nas licitações públicas:

A Constituição Federal insta a Administração Pública a oferecer a todos os administrados igualdade de oportunidades na contratação de serviços, obras e compras. Por intermédio dessa equanimidade, busca-se a obtenção da contratação vantajosa para a administração, e a licitação consiste no instrumento jurídico que visa afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. O princípio da isonomia, que é de total aplicação nos procedimentos licitatórios, sempre esteve presente no constitucionalismo republicano do Brasil: na Constituição de 1891, art. 72, § 2º; na Constituição de 1934, art.112, I; na Carta de 1937, art.122; na Constituição de 1946, art. 141, § 1º; na de 1967, art. 150, § 1º; na de 1969, art.153, § 1º; e na

²⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011. p. 10.

²⁸ **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 05/06/2012.

Constituição de 1988, sobretudo, no art. 5º, caput, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei.²⁹

Em referido aspecto constata-se que a prioridade da Administração Pública é atender ao interesse público e o mesmo não se afasta do regramento geral que consta no regramento geral presente na Lei nº 8.666/93. Não demais observar que dessa forma, isto é, no agir das contratações públicas, pode-se estabelecer melhor controle social por parte da sociedade, haja vista a relevância que se dá à igualdade de oportunidades aos licitantes, garantindo-se, então, a eficiência no processo licitatório, assim como o respeito aos direitos fundamentais dos licitantes.

Citando o artigo 3º do RDC, vislumbra-se que:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade, com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.³⁰

Em destaque impera o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello: "o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelas constituições em geral é que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos."³¹

Quis o legislador ao instituir o RDC, não desprezar as normas constitucionais, fazendo-se guardião do Direito e por isso defensor do interesse social ao exaltar os princípios que estão insculpidos na Carta Magna de 1988. Ademais, não poderia o RDC afastar-se do escopo social de que faz parte o regime licitatório, mas apenas direcionar-se ao regime que lhe compete, isto é, difere apenas de alguns pontos constantes da Lei nº 8.666/93, tendo em vista as metas em atingir legalmente os eventos desportivos.

E, acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tratamento isonômico, que por ora se correlaciona com o controle social analisado no RDC, quando cita alguns filósofos:

²⁹ BARBOZA, Maria Eliza Braz. **O princípio da isonomia nas licitações públicas**. Disponível em: 200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/01/-sumario?next=6. Acesso em: 05/06/2012.

³⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011. P. 10.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Para Aristóteles, o primeiro a se debruçar sobre o preceito isonômico, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Kelsen também ensinou que seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles.³²

Verificando o objeto da licitação no âmbito do RDC, Jorge Ulisses Jacoby colaciona:

Artigo 5º- O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedada especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

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 constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.³³

Extraí-se de referida normatização o princípio da publicidade, enquanto instrumento também de que pode a sociedade controlar a administração pública, mais especificamente o regramento constante do RDC. Os dizeres de Maria Eliza Braz Barbosa ofertam o necessário amparo doutrinário: Pelo princípio da publicidade, os atos administrativos somente passam a ter eficácia com sua divulgação para público conhecimento. Por meio da publicidade, sobrevém o controle da moralidade administrativa e o conseqüente respeito ao patrimônio público.³⁴

Esse procedimento do ato administrativo em ser público vai de encontro à eficácia do mesmo e a sua moralidade, mas não suporta a formação do ato em si, posto que se materializa no direito administrativo como requisito para a exequibilidade do processo licitatório. Grosso modo, trata-se de valores implementados aos atos administrativos públicos.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

³³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011. p. 14.

³⁴ BARBOZA, Maria Eliza Braz. **O princípio da isonomia nas licitações públicas**. Disponível em: 200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/01/-sumario?next=6. Acesso em: 05/06/2012.

A prática do princípio fundamenta-se no artigo 5º da CF/88, inciso XXXIII, a saber: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Analisando a Lei Geral de Licitações Públicas nº 8.666/90, a mesma diz como a publicidade é disciplinada no certame licitatório. Dessa afirmação extrai-se que o interesse público deve ser priorizado, sobretudo priorizando o negócio que melhor for vantajoso às negociações de bens públicos.

Ainda acerca de atendimento ao interesse público pelo certame licitatório, em especial pelo RDC, aponta-se como interesse aspecto o que menciona a doutrina de José Afonso da Silva: O Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.”³⁵

O artigo 11, inciso II, do RDC mostra que o processo diferenciado de contratação pública prima pelo interesse da Administração Pública, o que implica em afirmar que o interesse público prevalece em todos os seus atos, quais sejam:

Art 11- A Administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:
II- a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

Dessa forma, a Administração Pública mantém o controle de seus atos mediante o controle individual do objeto contratual, especificamente a cada uma da execução dos contratos. Não é demais observar, ainda, que a importância em relevar o atendimento ao interesse público está no aspecto político e social que decorrem do povo, sendo que este atribui aos órgãos de fiscalização a tarefa de analisar a legalidade, o mérito, a conveniência, a oportunidade, requisitos estes que constam no RDC. No que tange à fiscalização dos atos públicos, com vistas a atender ao interesse público, destaca-se que a Administração possui seus procedimentos internos de controle.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2006. p. 336.

2.1.1 Os recursos públicos

É indiscutível que a Administração de bens públicos pelo administrador se encontra regido pelas normas instituídas exclusivamente pelo legislador, não podendo, portanto, ser transferido esse poder de regência à nenhuma outra pessoa que não o regente normativo e nem tampouco estar destituído de caráter impessoal, isto é de acordo com os princípios estar revestido de objetivismo em vez do aspecto subjetivo. Hely Lopes Meirelles em importante lição sobre o uso de bens públicos transcreve:

Os bens públicos ou se destinam ao uso comum do povo ou a uso especial. Em qualquer desses casos o Estado interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar sua normal utilização, tanto pela coletividade, quanto pelos indivíduos como, ainda, pelas repartições administrativas.³⁶

Tendo em vista que a Administração de bens públicos também se estende à contratação de serviços públicos, momento em que é necessária a instauração de processo licitatório, qual seja, em atendimento ao caso concreto, o viger da normativa do RDC também pode ser considerado como procedimento de administração de bens públicos. Ante essa realidade cabe, no presente capítulo, avaliar em que medida o RDC atua nos ditames constitucionais acerca do gerenciamento de recursos públicos, de forma que fiquem evidenciadas suas vantagens e desvantagens no contexto dos bens públicos, conquanto se priorize na contratação de bens públicos os fundamentos da Administração Pública, destacam-se propostas de negócio que sejam vantajosas.

Conforme dito alhures, ao se medir as vantagens e desvantagens da normativa do RDC, postulou-se um comparativo entre ele e a Lei Geral de Licitações Públicas, a de nº 8.666/93, cujo objetivo era tecer conclusões acerca da infringência ou não das normas contidas em regramento de licitação pública já existente, em conformidade com a CF/88. No exame do mérito em questão a administração de recursos públicos é o que melhor carece de ponderação, tendo em vista, o respeito aos princípios esculpidores da moral administrativa e principalmente da hermenêutica constitucional que impera no Estado Democrático de direito.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª edição. ed. Malheiros. 2001. P.

De fato, se existe uma norma geral instituída pela Lei Maior de um país, a mesma não pode deixar-se afastar, em seu escopo, por nenhuma outra, ainda que seja em caráter especial. No entanto, deve-se atentar para o fato de que, não obstante o sentido geral das legislações, sabe-se que as mesmas para tornarem-se com efeito, necessitam materializar-se nas suas especificidades, seria a parte prática da norma em oposição ao sentido formal. Logo, o sentido formal de uma norma não se coaduna com seus efeitos práticos.

Assim, conforme conhecido dos aspectos do RDC e a Lei Geral de Licitações Públicas, cita-se a Lei nº 8.666/93, a legislação especial contida no primeiro transferiu ao Poder Executivo a possibilidade do mesmo revestir-se, em especial para a contratação de serviços respectivos ao uso de bens públicos, de elevado critério de subjetivismo, passando a decidir o regime jurídico da licitação pública necessária à realização da Copa de 2014. Neste sentido, é importante reconhecer que traçando um comparativo entre a Lei de Licitações Públicas nº 8.666/93 e a Lei nº 12.462/2011 acolhe-se a aplicação de regime licitatório mais flexível em relação a determinadas obras, compras e serviços de acordo com a novel lei de licitação diferenciada.

Há que se preferir no campo prático se o RDC, conforme caracterizou a Lei Geral de Licitações Públicas, deu prioridade ao gerenciamento de recursos públicos, isto é respeitando os princípios presentes na organização da Administração pública brasileira.

2.2 O Orçamento sigiloso no RDC

É imperioso observar que esse aspecto sigiloso que emergiu da possibilidade de se manter o sigilo do orçamento do processo licitatório do RDC, apenas em tese, existiu porque, na prática, ao se analisar o que diz a expressão “se não constar do instrumento convocatório”, § 3º do artigo 6º, com destaque para o caput deste artigo, abriu-se a possibilidade do orçamento ser divulgado juntamente com o edital de abertura do certame. Neste aspecto lecionou Renato Monteiro de Rezende:

De duas, uma: ou dita expressão apenas pretende referir-se às hipóteses já tratadas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, nas quais a divulgação prévia do orçamento é obrigatória, pela própria natureza dos certames de que cuidam (julgados segundo os critérios de maior desconto ou de melhor técnica), ou então o sigilo do

orçamento é previsto, para as demais hipóteses, apenas como uma faculdade da Administração.³⁷

Não obstante essa afirmação, por certo, o orçamento, não importando se inicialmente ou ao final do certame, o mesmo tornar-se-á público, pelo que as normas de licitação e o seu próprio fundamento, qual seja, o da Administração Pública, exige. Ademais, o caráter público do procedimento não pode ser extinto, sob pena da missão da Administração Pública em atender ao interesse público mostrar-se abusivo. Portanto, como alegou Renato Monteiro de Rezende:

“Seja como alternativa, seja como imposição, o sigilo de que trata o art. 6º vigorará durante todo o processo licitatório, ao fim do qual o orçamento se tornará público. No curso do certame, apenas os órgãos de controle interno e externo terão acesso permanente aos dados do orçamento.”^{38,9}

Soma-se à essa disposição do RDC quanto ao seu caráter sigiloso do orçamento previamente estipulado do certame licitatório discussões que aludem à uma possível inconstitucionalidade do regime em questão, tendo em vista que o regramento geral de licitações, cita-se a Lei nº 8.666/93, é contrariado quanto a publicidade de seus atos orçamentários. Ou seja, no decorrer do certame terá acesso aos valores apenas os órgãos de controle interno e externo. Ponto inconstitucional aí se mostra relativamente ao choque entre os arts. 3º, § 3º, 40, § 2º, II, 44, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993 e o RDC.³⁹

De se destacar que essa inconstitucionalidade apontada no regime do RDC acerca do orçamento sigiloso refere-se a conforme cita Renato Monteiro de Rezende:

A inconstitucionalidade apontada relativamente ao art. 6º da Lei é formal. Refere-se à inobservância, pela legislação especial, de normas gerais expedidas no exercício de competência constitucionalmente fixada para tanto. Nada diz, porém, quanto à constitucionalidade material da regra contida no art. 6º, muito menos quanto à sua conveniência.⁴⁰

Com previsão no art. 6º da Lei nº 12.462, de 2011, *in verbis*:

³⁷ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei nº 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 12/06/2012. p. 39.

³⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei nº 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 12/06/2012. p.

³⁹ Idem. p. 36.

⁴⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

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.

A partir dessa prerrogativa, Renato Monteiro de Rezende assevera:

Esse dispositivo foi intensamente discutido pelo Congresso Nacional e pela opinião pública. A redação inicial do art. 6º do PLV nº 17, de 2011, não era clara quanto ao âmbito de divulgação das informações constantes do orçamento prévio elaborado pela Administração. A despeito de alterações promovidas pela Câmara dos Deputados, o texto que restou aprovado continuou obscuro em um ponto. Com efeito, o *caput* do art. 6º veda a divulgação do orçamento no curso da licitação. Já a expressão *se não constar do instrumento convocatório*, constante do § 3º, abre a possibilidade de divulgação do orçamento juntamente com o edital de abertura do certame. De duas, uma: ou dita expressão apenas pretende referir-se às hipóteses já tratadas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, nas quais a divulgação prévia do orçamento é obrigatória, pela própria natureza dos certames de que cuidam (julgados segundo os critérios de maior desconto ou de melhor técnica), ou então o sigilo do orçamento é previsto, para as demais hipóteses, apenas como uma faculdade da Administração.⁴¹

Indiscutível que, o RDC assim instituiu o caráter sigiloso do orçamento das contratações públicas apenas em regra porque os órgãos de controle externo e interno estarão cientes de todo o processo licitatório, com destaque para que esse mesmo sigilo tornar-se-á público ao final. Sendo assim, há que se observar que as discussões que remanescem nesse aspecto decorrem de um choque evidente com certos dispositivos que constam na Lei Geral de Licitações Públicas, isto é, a de nº 8.666/93.

Conforme se denota de explanação conferida por Renato Monteiro de Rezende:

Não resta dúvida de que a nova regra entra em rota de colisão com diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Choca-se com o art. 40, § 2º, II, da mencionada Lei, que dispõe constituir anexo do edital do certame, orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários. Colide, igualmente, com o art. 44, § 1º, segundo o qual é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes, e com o art. 3º, § 3º, da mesma Lei, de acordo com o qual a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.⁴²

⁴¹ REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.. p. 40.

⁴² REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei nº 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

Outro entendimento diverso conferido pelo Poder Executivo advoga no sentido de que se deve proceder sigilosamente, conforme mandamento expresso no RDC, para evitar a prática de elevação dos preços e de formação de cartel. Essa premissa parte do que dispõe o artigo 48, II da Lei nº 8.666/93, que segundo as seguintes palavras doutrinárias:

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame. Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. O que pode variar é o êxito dessa estratégia. Os cartéis costumam dividir o mercado de obras públicas mediante combinação dos preços das propostas apresentadas pelos seus integrantes. Escolhe-se previamente que licitante vencerá cada certame. Todos os demais participantes do conluio oferecem propostas em valor superior, de modo a possibilitar a sua vitória. Com isso, e tendo acesso ao orçamento previamente divulgado, o integrante do cartel ao qual foi atribuído o objeto da contratação pode oferecer uma proposta de preço mais próxima do valor máximo admitido pela Administração, mas que não o ultrapasse, evitando sua desclassificação.⁴³

Frise-se que referida estratégia conferida pelo RDC para o combate de cartéis pode funcionar se não houver a corrupção de agentes públicos. É que, desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração Pública, poderá o licitante baixar o valor de sua proposta, ante a ameaça de vê-la desclassificada, resultando, todavia, maiores descontos à Administração Pública em relação à valores que constam do orçamento público.

Reitera-se a prevalência da defesa do Poder Executivo em evitar a prática de cartéis, em que concorre o RDC para implementar essa perspectiva, em especial, cita-se que a despeito da Administração de bens públicos, é indiscutível que a Administração de bens públicos pelo administrador se encontra regido pelas normas instituídas exclusivamente pelo legislador, não podendo, portanto, ser transferido esse poder de regência à nenhuma outra pessoa que não o regente normativo e nem tampouco estar destituído de caráter impessoal, isto é de acordo com os princípios estar revestido de objetivismo em vez do aspecto subjetivo. Hely Lopes Meirelles em importante lição sobre o uso de bens públicos transcreve:

Os bens públicos ou se destinam ao uso comum do povo ou a uso especial. Em qualquer desses casos o Estado interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar sua normal utilização, tanto pela coletividade, quanto pelos indivíduos como, ainda, pelas repartições administrativas.⁴⁴

⁴³ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª edição. ed. Malheiros. 2001. p. 55.

Em entendimento diverso do normativo, tem-se que relativamente ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas o poder de legislar sobre a Administração Pública, em especial para contratar serviços respectivos ao uso de bens públicos fora transferido ao Poder Executivo, de modo que, absurdamente, revestiu-se de elevado critério de subjetivismo, passando a decidir o regime jurídico da licitação pública necessária à realização da Copa de 2014. Neste sentido, é importante reconhecer que traçando um comparativo entre a Lei de Licitações Públicas nº 8.666/93 e a Lei nº 12.462/2011 acolhe-se a aplicação de regime licitatório mais flexível em relação a determinadas obras, compras e serviços.

Renato Monteiro Rezende ensina que:

A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos” “necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014” é uma **cláusula intoleravelmente aberta**, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.⁴⁵

Essa arbitrariedade de que trata Rezende decorre da falta de amparo legal aos eventos que são aludidos na novel norma, o que enseja ausência de limitação ao exercício da competência administrativa e o consequente uso de forma arbitrária, vez que os eventos são meramente citados.

Renato Monteiro Rezende assevera que o artigo 3º, inciso II do RDC viola a Constituição federal pelos fatos que passa a expor:

Na forma da redação atual, o artigo 3º, inciso II, viola a Constituição Federal, em especial os artigos 22, inciso XXVII, e artigo 37, inciso XXI, porque de forma expressa outorgou o poder de definir o próprio regime de determinada licitação ou contrato ao próprio destinatário das limitações que a lei deve consignar. Há violação de princípios constitucionais da Administração Pública. Atenta contra a isonomia, porque admite em tese aplicação de regimes jurídicos díspares para contratações similares, a depender da exclusiva e subjetiva decisão da Administração Pública em determinado momento. Também gera violação da moralidade administrativa, porque a lei está chancelando – e não limitando – a atividade arbitrária do Administrador.⁴⁶

⁴⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

⁴⁶ Idem. p. 12

É cediço o entendimento por parte do STF de que nos casos em que há conflito entre legislação específica e normas gerais resta caracterizada a inconstitucionalidade. Em caso, há contraposição entre as normas gerais instituídas pela Lei de Licitações Públicas e o RDC, em que pesa o segundo divergindo em alguns pontos do primeiro. O ponto conflitante entre as duas citadas normas está na violação dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa. Isto pode ser observado no que aduz Marçal Justen Filho, quando enfatiza a importância de divulgação do orçamento previamente à apresentação das propostas pelos licitantes, enquanto significado da moral administrativa:

Questão que sempre merece reiteração é a vedação ao sigilo acerca de informações relevantes. Uma dessas questões é o valor do orçamento ou do preço máximo. O tema adquiriu contornos muito mais relevantes em face das fórmulas de apuração de inexecutabilidade consagradas nos §§ 1º e 2º do art. 48. Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentais. No caso, o próprio art. 44, § 1º, explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo. [...]

O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a práticas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe.⁴⁷

Até se poderia cogitar de outras práticas de extrema nocividade, tal como a produção de valores máximos destinados a prejudicar determinados licitantes, desafetos da Administração.⁴⁸

Ainda que indiretamente, o sigilo que se refere a realização dos eventos desportivos de 2014, porque afeto à apenas aos órgãos de controle da Administração Federal, o interesse público não pode ser excluído, sob pena de se anular os efeitos práticos do Estado Democrático de Direito.

2.3 Aspecto formal do RDC

É interessante no presente apontar o aspecto formal que emana do RDC, vez que, com base nele melhor entendimento processar-se-á no decorrer do trabalho monográfico.

Citando o artigo 12 do RDC, observa-se a seguinte forma:

- I- preparatória;
- II- publicação do instrumento convocatório;
- III- apresentação de propostas ou lances;

⁴⁷ FILHO, Justen Marçal. **Comentários a lei de licitações e contratos administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética. 2010. p. 15

⁴⁸ Idem.

IV- julgamento;
V- habilitação;
VI- recursal; e
VII-encerramento.⁴⁹

Ao se comparar o RDC com a forma do regime da regra geral da Lei de licitações públicas, diz-se que o RDC foi instituído para arguir urgência no estabelecimento de novas regras para as licitações e contratos necessários à construção de infraestruturas para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016, em acordo com a Lei nº 12.462, de 2011.

A formalidade que deriva do RDC está no que o mesmo não promoveu reforma na Lei de licitações públicas nº 8.666/93, mas em lugar disso repousa em legislação do tipo específica, cujo aspecto formal está nas suas limitações nos âmbitos objetivo, subjetivo, temporal e espacial, e que permite seja afastada a incidência da Lei nº 8.666, de 1993.

Ainda quanto a formalidade do RDC discute-se a constitucionalidade de aludido regime. Verifica-se a constitucionalidade do RDC no que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas em muitos de seus dispositivos coaduna com o regramento geral de exigibilidade de licitação Pública, dentre os quais se cita a compatibilidade constante do artigo 5º do RDC com a Lei Geral de Licitações, destaca-se os arts 14, 38 e 40, I. Nestes, o objeto do certame deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, com proibição às especificações excessivas e desnecessárias, o que denota aspecto formal.

Citando aspecto controvertido no RDC, porque contraria o disposto no regramento geral de licitação pública, o artigo 6º diz que o orçamento do valor da contratação será fornecido somente após o encerramento da licitação, Fato não concretizado justifica-se também quanto as licitações de compras que necessitam indicar marca ou modelo nos instrumentos convocatórios:

O art. 7º da Lei, ao tratar das licitações de compras, autoriza a indicação de marca ou modelo nos instrumentos convocatórios, contanto que formalmente justificada, quando: a) for necessária a padronização do objeto; b) a marca ou modelo forem os únicos capazes de atender às necessidades da entidade contratante, sendo comercializados por mais de um fornecedor; c) a descrição da marca ou modelo se destinar simplesmente à melhor identificação do objeto, permitida a oferta de produto similar ou de melhor qualidade. A Lei nº 8.666, de 1993, autoriza, em seu art. 7º, § 5º, a indicação de marca, quando tecnicamente justificável, nas licitações para contratação de obras ou serviços. Em seu art. 15, § 7º, I, veda a indicação de marca nos certames de compras. E, em seu art. 15, I, estabelece que as compras, sempre que possível, atenderão ao princípio da padronização.⁵⁰

⁴⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011.** p. 19.

⁵⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011.** Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

Vislumbra-se que analisando o RDC e a Lei Geral de Licitações Públicas o artigo 7º constante do RDC mostra em detalhes as previsões genéricas típicas da Lei Geral de Licitações Públicas. Assim, no sentido formal o RDC mostra-se incompatível com o regramento geral da Lei de Licitações Públicas.

2.3 Aspecto material das regras do RDC

Interessante apontar alguns aspectos em que o RDC se mostra compatível com a regra geral da Lei de licitações Públicas, segundo Marçal Justen Filho:

O § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, permite a apresentação, por todos os licitantes, de novas propostas, quando eles tiverem suas propostas desclassificadas. A nova Lei, diferentemente, em seu art. 26, permite a negociação, com o autor da proposta de menor preço, de melhores condições, com o intuito de reduzir o seu valor, de forma a que não exceda o orçamento prévio da Administração. A recusa do primeiro colocado a reduzir o valor de sua proposta implicará sua desclassificação, podendo a Administração realizar as mesmas tratativas com os demais licitantes. Esse procedimento é esdrúxulo. Se todos os licitantes apresentarem propostas acima do valor orçado, suas propostas deverão ser desclassificadas e outra licitação deverá ser instaurada. Mesmo a solução dada pela Lei Geral é objeto de críticas da doutrina.⁵¹

Consoante diz Renato Monteiro de Rezende:

O art. 27 da Lei do RDC, em harmonia com a sistemática, adotada em outros dispositivos, de precedência temporal da fase de julgamento das propostas, prevê fase recursal única para as licitações, nos moldes do que se dá na modalidade de pregão. A inovação se encontra contemplada no PLC nº 32, de 2007, e é positiva, muito embora sua veiculação em lei especial possa dar ensejo a questionamentos, pelas razões declinadas nos comentários aos arts. 12 a 14, que tratam da inversão de fases.

Encerrando a Subseção dos procedimentos licitatórios, o art. 28 enumera as possíveis decisões da autoridade administrativa, ao fim do processo: a) retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis; b) anulação do processo, por vício insanável; c) revogação do processo, por conveniência e oportunidade; ou d) adjudicação do objeto e homologação da licitação.⁵²

Acrescenta ainda o autor supramencionado que:

A Lei nº 12.462, de 2011, define, em seus arts. 29 a 33, como procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC, a pré-qualificação permanente, o

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, São Paulo: Dialética, 2004.p. 36.

⁵² REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.P. 36.

cadastro, o sistema de registro de preços e o catálogo eletrônico de padronização.

A Lei nº 8.666, de 1993, prevê, em seu art. 114, a figura da pré-qualificação, que poderá ser utilizada *sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados*. A pré-qualificação aludida na Lei do RDC, porém, é permanente, não se referindo a um caso concreto considerado, destinando-se a identificar: a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; ou b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública. Trata-se, pois, de algo bem diverso da pré-qualificação da Lei Geral, a qual, consoante assinala Marçal Justen Filho, *apenas é admissível em concorrências em que se exija uma qualificação técnica especial e superior à necessária a atividades normais, devendo justificar-se a adoção da pré-qualificação perante as peculiaridades do objeto licitado*.⁵³

Outros requisitos constantes do RDC em comparação com o regramento geral da lei de licitações públicas podem ser observados no seguinte:

O art. 34 da Lei nº 12.462, de 2011, trata das comissões de licitação. De seu turno, o art. 35 nada mais faz do que prever a aplicação, ao RDC, das hipóteses de dispensa e inexigibilidade da Lei nº 8.666, de 1993. Ambos os dispositivos são consentâneos com as disposições da Lei Geral. Ao cuidar das vedações à participação em certames dirigidos aos autores dos projetos básicos e executivo, bem como aos servidores ou empregados do órgão ou entidade da Administração Pública contratante, o art. 36 praticamente reedita o conteúdo do art. 9º da Lei nº 8.666, de 1993. Dele difere apenas ao excepcionar, em seu § 1º, a situação das licitações para contratações integradas. Como já mencionado, nessa hipótese a responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo é do licitante vencedor. O art. 37 estabelece vedações à contratação direta, sem licitação. Nos termos desse dispositivo, a Administração é impedida de contratar pessoa jurídica de que seja administrador ou sócio com poder de direção parente, inclusive por afinidade, até o 3º grau civil, de: a) detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; b) autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da Administração Pública. Tal preceito é moralizador e, portanto, positivo.⁵⁴

Por fim, em crítica conferida às comparações traçadas entre o RDC e a Lei Geral de Licitações Públicas, diz-se que o primeiro reproduz especificamente o segundo regramento.

⁵³ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012. P. 37.

⁵⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012. P. 38

3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA É INCONSTITUCIONAL OU CONSTITUCIONAL EM FACE DA REGRA GERAL DE LICITAÇÃO PÚBLICA?

3.1 Vantagens do RDC

Importante apontar aspectos relativos ao procedimento licitatório presente no RDC, de forma que tecendo um comparativo com o regramento geral, com o fito de cumprir o estabelecido no escopo do presente capítulo de monografia. A exemplo de inovações tem-se que o procedimento de julgamento das propostas é feito em fase anterior à habilitação, o que assemelha o RDC a Lei nº 8.666/93. As vantagens que se colhe de aludido procedimento é com relação à economia de tempo e de recursos, além da frustração de estratégias protelatórias de licitantes que não apresentam boa intenção, tanto que utilizam de recursos para extirpar do certame durante a fase de habilitação concorrentes que seriam capazes de ofertar proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Eis que a vantagem de se inverter a fase de habilitação pela de julgamento orienta os procedimentos licitatórios do RDC à alcançar a exclusão da multiplicação de impugnações de documentos de habilitação de cada licitante contra o outro, cuja origem seria o potencial interesse desses mesmos licitantes afastar do certame seus adversários. Ainda que haja a inversão das fases de licitação pública e os licitantes se organizem uns contra os outros, vislumbram-se vantagens, tendo em vista que se verificará o cotejo de preço de todos os licitantes, prática que desvirtua o cartel com fulcro na celebração de contratos sem preços excessivos.

São vantajosos também os prazos fixados para apresentação de propostas, que se dá a partir da publicação do edital. Isto pode ser observado no artigo 15 do RDC, em que se materializam os instrumentos convocatórios. Esses prazos são inferiores ao que prevê a Lei nº 8.666/93. Destaca-se que as datas para o procedimento, para serem auferidas dependem do objeto de licitação e critério de julgamento. É o que explica Rezende ao elencar como se processam os prazos:

De 5 dias úteis, nas licitações para compras segundo o critério do menor preço ou maior desconto, e de 10 úteis nas compras segundo outros critérios (art. 15, I); de 15 dias úteis, nas licitações para obras e serviços segundo o critério do menor preço ou maior desconto, e de 30 dias úteis nas licitações de mesmo objeto em que se utilizem outros critérios de julgamento (art. 15, II); de 10 dias úteis, em todas as

licitações que adotem o critério de julgamento da maior oferta (art. 15, III); de 30 dias úteis, em todas as licitações que adotem os critérios de julgamento de *técnica e preço*, melhor técnica ou conteúdo artístico (art. 15, IV).

A Lei nº 12.462/2011 apresenta pré-qualificação da licitação em semelhança ao que o artigo 22, § 2º da Lei nº 8.666/93 faz, quando da menção do cadastro da modalidade de tomada de preços. Essa equiparação, da legislação especial com a lei geral de licitações públicas, ainda que em sentido estrito, produz aspectos vantajosos, pois reafirma o ético presente na Lei nº 8.666/93.

De se destacar que dizer que uma lei inovadora apresenta vantagens significa que a mesma representa um avanço em relação a anterior ao passo que, a inovação se apresente necessária em face de possíveis desvios normativos de lei precedente à atual.

Renato Moreira de Rezende⁵⁵ admite que o artigo 35 da Lei nº 12.462/2011 trata das hipóteses de dispensa e inexigibilidade da Lei nº 8.666, de 1993, tendo em vista que o artigo é consentâneo com as disposições da Lei Geral, qual seja o RDC correlaciona-se com o artigo 26 da Lei nº 8.666/1993.

Acresce-se que especificamente o artigo 36 do RDC reproduz a constante no artigo 9º da Lei nº 8.666/1993, exceto no § 1º, em que pesa a situação das licitações para contratações integradas. Assim, ao licitante vencedor atribui-se a tarefa de elaboração dos projetos básicos e executivo.

Preceito positivo pode ser encontrado no artigo 37 do RDC, *in verbis*:

É vedada a contratação direta, sem licitação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que mantenha a relação de parentesco, inclusive por afinidade, até o terceiro grau civil com: I detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; e II autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da administração pública.⁵⁶

De posse dessa vedação à contratação direta sem licitação é possível se concluir que a moral administrativa fora preservada no âmbito das disposições do RDC e, portanto, deve-se considerar esse posicionamento como vantajoso, vez que os princípios da

⁵⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012. p. 37.

⁵⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011. p. 32.

Administração Pública assim exigem para que a administração de bens públicos produza efeitos positivos.

3.2 Desvantagens

Quando o processo licitatório dá-se de modo tradicional, qual seja, sem a inversão dos procedimentos habilitação e julgamento, apresenta elevado volume de irregularidades. O raciocínio que elucida esse pormenor da administração de recursos públicos pode ser encontrado no seguinte: Partindo da premissa que a formação de cartel visa promover maior número possível de celebração contratual com menor vantagem para a Administração Pública, então se a forma do RDC licitar não for aplicada, isto é, a inversão de procedimentos, nesse sentido, conduz ao superfaturamento e sobrepreço.

Conforme se extrai do disposto no artigo 36 do RDC, *in verbis*: no critério de julgamento pelo maior retorno econômico as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.⁵⁷

Diante do exposto acima é possível entender que a legislação do RDC no sentido formal do texto normativo mostra-se não muito claro, vez que o legislador não mencionou expressamente que critério dá maior retorno econômico e os prazos a serem aplicados.

É imperioso, como desvantagem, o choque identificado entre a Lei Geral de Licitações Públicas nº 8.666/93 e os prazos apresentados para o certame licitatório em função da legislação especial do RDC. Neste sentido, o RDC legisla com prazos inferiores ao estipulado pela legislação geral. O que se pode colher no âmbito desse conflito e assim configurar-se como desvantagem é com relação à fixação de prazos mínimos pela legislação especial que, em regra, induz à redução do universo de licitantes, aspecto que contraria a norma geral. Em caso, a doutrina aqui consultada acerca desse pormenor sugere que a legislação especial do RDC amplie os prazos de publicidade dos instrumentos convocatórios.

Ao se analisar o que diz o seguinte parecer doutrinário:

A Lei do RDC faculta à Administração solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada. Não está claro que efeitos adviriam do desatendimento dessa solicitação. Assim, a Lei abre

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011.

margem para que a detenção de tais certificados seja alçada a requisito de habilitação, o que dificilmente se concilia com o art. 3º, § 1º, I, da Lei Geral, que veda o estabelecimento de exigências comprometedoras do caráter competitivo do certame.

Ante referido procedimento, vê-se que o caráter facultativo de alguns aspectos normativos do RDC não se mostra vantajoso para o processo de compra da Administração pública, pois não deixa claro quais são os efeitos benéficos para o certame.

As lições de Renato Moreira de Rezende expõem ainda acerca da legislação no âmbito do RDC:

Os §§ 1º e 2º do art. 15 regulam como se dará a publicação do instrumento convocatório. Além de facultarem a divulgação diretamente aos fornecedores dos bens e serviços, bem como a publicação de extrato do edital em jornal diário de grande circulação, os dispositivos determinam que: a) nas licitações para obras com valor estimado superior a 150 mil reais, e nas licitações para bens e serviços, inclusive de engenharia, com valor estimado superior a 80 mil reais, seja publicado extrato do edital no Diário Oficial do ente promotor do certame, sendo igualmente feita divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório; b) nas licitações com valores estimados inferiores aos indicados no item anterior, a divulgação seja feita apenas no sítio eletrônico.⁵⁸

Ante o previsto em dispositivo supramencionado, isto é, da legislação especial, dispensa-se a publicidade mínima para a publicação de certames licitatórios, exigida na Lei Geral de Licitações Públicas, qual seja, nas licitações com valores inferiores a 150.000, 00 e 80.000,00 faculta-se a divulgação apenas em sítio eletrônico. Essa forma da norma contida no RDC contraria formalmente o regramento geral, mas na prática os meios de divulgação propostos pela legislação especial adéqua-se melhor aos dias atuais, tendo em vista que os recursos de tecnologia da informação são diversos e facilmente acessíveis.

Ademais, a norma procedimental do RDC gera menos custos para a Administração Pública, contudo se considerada sua oposição ao caráter formal da Lei Geral, vê-se que há desvantagens, em especial porque essa racionalidade evocada pela legislação especial corresponde a um critério que deveria pertencer à norma geral.

Aspecto controvertido na legislação especial do RDC relaciona-se com a atribuição ao Executivo em que à este é dado total permissividade para eliminar quase todos os limites para o administrador, qual seja, tanto regulamentar quanto na formalização do processo licitatório. Grosso modo, vê-se que em acordo com o RDC:

⁵⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

Poderão ser adotados: modos de disputa aberto, fechado ou a combinação de ambos (art. 16); lances intermediários (art. 17, § 1º); precedência da fase de julgamento das propostas sobre a de habilitação ou o contrário (art. 12); e prática de atos por meio eletrônico ou presencial (art. 13).⁵⁹

Ao discorrer sobre o RDC e a ética da Lei nº 8.666/93 Luis Roberto Ponte assevera que:

O RDC que acaba de ser aprovado na Câmara dos Deputados ressuscita dispositivos obscuros do Decreto-Lei 2300 e legaliza sorrateiros mecanismos de corrupção ainda hoje utilizados, mas apenas quando não se cumpre a lei 8666. O RDC escancara as portas da corrupção quando, contrariando as refletidas vedações da Lei 8666, legaliza permissão para:

- 1) tornar sigilosos os orçamentos das obras (Art. 6º), mecanismo que, associado à desclassificação das propostas com preços inferiores a um valor mínimo, também mantido em sigilo até a abertura dos envelopes, era muito usado, antes da lei 8666, para direcionar uma obra pública ao parceiro escolhido, bastando ao governante utilizar um valor mínimo bem alto, e vazá-lo ao amigo preferido para garantir-lhe a vitória na licitação por preço tão elevado quanto desejarem, operação camuflada e simples;
- 2) usar critérios subjetivos no julgamento das propostas, a pretexto de nebulosos conceitos técnicos, ambientais e econômicos (Art.4º, e vários outros dispositivos nele disseminados), que era outra forma ultra-eficaz de o governo alijar quem quisesse e entregar a obra a quem desejasse;
- 3) juntar, na mesma licitação, a realização do projeto e da obra (Art. 9º), regime de licitação que torna impossível o indispensável julgamento objetivo, o que já enseja gravíssimas injustiças, sendo ainda mais grave terem colocado um mecanismo que permite dirigi-la ao companheiro escolhido apenas com o vazamento, a este, dos elementos da licitação, antes da publicação do edital, posto que o prazo de 30 dias estabelecido para entrega das propostas (Art. 15, II, a) é incompatível com a simultânea confecção da proposta e de um projeto sério, e impossível de ser cumprido responsabilmente por quem não tenha tido anteriores informações privilegiadas.⁶⁰

Com efeito, referidas asseverações constituem as chamadas desvantagens porque desclassifica o preconizado na Lei Geral de Licitações Públicas, isto é, a de nº 8.666/93, notadamente porque contraria dispositivos que se referem aos princípios moralizadores da Administração Pública. Entretanto, deve-se entender que a legislação especial assim atua em razão de suas peculiaridades, que por sua vez não se encontram em obrigação de atender à normativa geral, mas à necessidade a que se destinam.

Acerca das divergências que remanescem entre a inovação legal e a lei geral de licitações públicas, cabe afirmar que suscitam os debates que giram em torno da Lei nº

⁵⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

⁶⁰ PONTE, Luis Roberto. **RDC, Um Escárnio aos princípios éticos da Lei nº 8.666/93**. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/artigo/rdc-um-escarnio-aos-principios-eticos-da-le>. Acesso em: 06/08/2012.

12.462/2011 o destoar de matéria relativa a Medida Provisória 527/2011, que por sua vez versava acerca de reforma da Lei Geral de Licitações Públicas, ou seja, a de nº 8.666/1993, respectivamente à nova regulação das licitações públicas. É que, ao texto original de Medida Provisória, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, apresentou referência às licitações e contratos para a construção ou ampliação de aeroportos, mas segundo a inovação legal, na prática, optou-se por abordar a totalidade das obras, serviços e compras necessárias à realização dos eventos desportivos vindouros e promovidos por todos os entes federados no território dos quais os jogos ocorrerão, em caráter emergencial. Neste caso, dentre as diversas discussões, sustenta-se que a justificativa para a elaboração de texto do RDC esta na necessidade de preparação do país para os eventos desportivos, qual seja, a Copa do Mundo. Contudo, fica claro o não ensejamento de vinculação entre matérias legislativas e seus objetos.

Destarte, o raciocínio que permeia a inovação legislativa do RDC para as regras de licitação pública baseia-se no que uma causa pode levar à adoção de várias medidas que não vinculadas materialmente umas às outras. Materializando essa explicação no campo prático do Direito Renato Monteiro de Rezende, ao discorrer sobre RDC:

Basta pensar, por exemplo, no combate à pobreza, que pode servir de justificativa para a instituição de programas de transferência de renda, a construção de habitações populares, a criação de programas de qualificação profissional e mesmo medidas macroeconômicas de impacto mais genérico sobre a população. Embora a razão para tais providências possa ser uma só, seus objetos são diversos.⁶¹

Respectivamente ao critério de melhor conteúdo artístico, para a seleção de trabalho artístico presente no artigo 22, § 4º da Lei nº 8.666, de 1993 em comparação com o RDC, tornou-se impossível estabelecer critérios objetivos para a questão na novel lei, tendo em vista que esta se direciona para abordagens práticas. A objetividade preterida, no caso, teria que estar correlacionada em termos procedimentais, ou seja, em face da inexigibilidade de licitação por parte da Lei Geral acerca da contratação de artista através de empresário exclusivo, com a condição de este ser consagrado pela opinião pública, o RDC não alcançou a subjetividade que a proposta da Lei Geral abarca.

⁶¹ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

3.3 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade

Em que pese a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655 delinea a discussão, acerca da possibilidade de contrariedade ao ordenamento jurídico pátrio, que permeia os aspectos da Lei nº 12.462, respectivamente às obras e serviços referentes à Copa das Federações/Copa do Mundo no Brasil de 2014 e Paraolimpíadas/Olimpíadas.

É sabido que a Medida Provisória nº 527/11 lastreou o caminho originário à instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), vez que alterou substancialmente a Lei nº 10.683/2003. Ocorre que, a legislação alterada versa sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e propunha criação da Secretaria de Aviação Civil, alteração da legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Portuária – INFRAERO, bem como autorizava a criação de cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e de controladores de tráfego aéreo.

Com efeito, afirma-se que a Lei nº 10.683/2003 foi submetida à conversão da MP nº 527/11 e ainda acolheu alguns dispositivos afetos ao Regime de Contratação Diferenciada. No entanto, conforme expressão de Jessé Leal Pereira:

A Procuradoria Geral da República, por meio de seu Procurador Geral, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, analisando a Lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações e o trâmite legiferante que lhe originou, verificou existência de afronta ao Processo Legislativo (CF, Art. 62), existência de incompatibilidade de dispositivos da referida norma em relação aos princípios regentes da administração pública (CF, Art. 37, caput), e também violação ao que dispõe a Constituição em relação às licitações (Art. 37, XXI).⁶²

Destarte que, em função do supramencionado, segundo Jessé Leal Pereira, existiu o pleito da ADIN 4.655, qual seja por ação da Procuradoria Geral da República, além da inconformidade entre dispositivos constantes da Lei nº 12.462 e instrumentos legislativos consolidados na CF/88, isto é, o artigo 62 artigo 37, caput, assim como o disposto acerca de licitações públicas (art. 37, XXI). Neste sentido, o artigo 37, inciso XXI consiste em: 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 [...].

⁶² PEREIRA, Jessé Leal. **Os dispositivos inconstitucionais da Lei nº 12.462 (Regime diferenciado de contratações públicas) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21298>>. Acesso em: 14/09/2012.

Por sua vez, vislumbra-se no artigo 62 da Carta Magna, *in verbis*: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

De fato, na ADIn elencada pela Procuradoria Geral da República verificou-se a irregularidade chamada “vício formal”, especificamente assim se entende em virtude do processo legislativo que converteu a MP nº 527/11 na Lei 12.462. Em julgando o Projeto de Lei de conversão de Medida Provisória, cujo autor, o Deputado Federal José Guimarães, identifica-se matéria estranha ao que se postulou na MP, ou seja, o RDC, com vistas a satisfazer aos eventos desportivos da Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro.

Em caso, infere-se que, há vício formal, porque ao se verificar o texto inicial e as emendas no texto da medida provisória, constatou-se redação adversa do que injetado no projeto inicial. Outrossim, está claro e a CF/88 não nega esta hipótese, que os parlamentares podem emendar textos nas MPs, porém, não o podem escusar-se de tratar o texto inicial, em lugar de objeto estranho ao processo legislativo. Eis que o escopo da ADIn colaciona o seguinte parecer na íntegra:

“No entanto, a exemplo do que ocorre com os projetos de iniciativa exclusiva de outros Poderes e do Ministério Público, é preciso que guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original (...) Não é por outra razão que a Resolução nº 1, de 1989-CN, que ‘dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal’ estabelece expressamente em seu art. 4º, §1º, ser ‘vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória.’⁶³”

Sucedem que a dissonância existente em relação aos assuntos pertinentes à MP e o resultante do RDC materializam-se nos seguintes pontos: Organização da Presidência e Ministérios; Criação de Secretaria; Alteração de legislação da ANAC e INFRAERO; Criação de cargos de ministro, comissionados e controladores de tráfego aéreo) e os incluídos pelo projeto de lei do deputado José Guimarães (Regime Diferenciado de Contratação).⁶⁴

⁶³ PEREIRA, Jessé Leal. Os dispositivos inconstitucionais da Lei nº 12.462 (Regime diferenciado de contratações públicas) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655. Jus Navigandi, **Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21298>>. Acesso em: 14/09/2012.

⁶⁴ PEREIRA, Jessé Leal. **Os dispositivos inconstitucionais da Lei nº 12.462 (Regime diferenciado de contratações públicas) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655**. Jus Navigandi, **Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21298>>. Acesso em: 14/09/2012.

A respeito das doutrinas que defendem a inconstitucionalidade do RDC, tem-se que Alexandre de Moraes, ao lecionar sobre Direito Constitucional, ensina: “proibida, terminantemente, a apresentação de emendas que versarem sobre matéria estranha à deliberada pelo texto da medida provisória, visando, pois, impedir o alargamento da utilização deste processo legislativo especial e excepcional.”⁶⁵

Ademais, no que concerne ao artigo 62 da Carta Magna, a competência exclusiva para elaborar medidas provisórias é da Presidência da República, o que implica entender que qualquer alteração no Congresso Nacional, qual seja, em sentido da proposição de texto legislativo que divergir de texto inicial da criação da presidência configurará usurpação de poderes, tendo em vista a teoria da separação de Poderes e suas competências em face do artigo 2º da CF/88.

Cumpra observar que os vícios de legalidade da Lei nº 12.462 se encontram divididos no processo legislativo de sua criação e nos dispositivos reguladores que constam no Regime Diferenciado de Contratações públicas. Interessante apontar os artigos 29 a 33 da Lei nº 12.462/2011. Nestes o RDC diverge da Lei nº 8.666, de 1993 ao definir como procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC, a pré-qualificação permanente, o cadastramento, o sistema de registro de preços e o catálogo eletrônico de padronização. Por seu turno, o regramento geral da lei de licitações públicas, especificamente em seu artigo 114, diz que a pré-qualificação sempre será evocada ante a recomendação eventual do objeto de licitação, vez que a mesma é exigida em face de concorrências em que se exija uma qualificação técnica especial e superior à necessária a atividades normais.

De seu turno, o artigo 1º do RDC diz o seguinte:

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

Não se especificou, neste caso, quais obras e serviços terão como suporte o regime diferenciado de contratação, além de delegar essa competência a autoridades integrantes do

⁶⁵ Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 15. ed. – São Paulo : Atlas, 2004. p. 574.

Poder Executivo, de modo que contrariando o enunciado do artigo 37 da Constituição Federal, que exige para a administração pública, a observância, entre outros, do princípio da legalidade. Nessa mesma disposição a Procuradoria Geral da República pautou-se no artigo 37, inciso XXI da CF/88:

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

Vale lembrar que o artigo 37, inciso XXI diz que:

“Art. 37, XXI ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a 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.⁶⁶”

As lições de José dos Santos Carvalho Filho ofertam melhor esclarecimento acerca da inconstitucionalidade do RDC:

“O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos. No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento...”

Jessé Leal Pereira cita também que a despeito de ponto inconstitucional presente na Lei nº 12.462:

“Outro ponto negativo da Lei 12.462 é a “adoção preferencial do regime de ‘contratação integrada’ e ‘empreitada integral’ (Art. 2º, I e Art. 8º, §1º) de obras e serviços de engenharia, o que implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços. Nessa modalidade de contratação, não é preciso definir previamente o objeto das obras e serviço.⁶⁷”

⁶⁶ PEREIRA, Jessé Leal. **Os dispositivos inconstitucionais da Lei nº 12.462 (Regime diferenciado de contratações públicas) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21298>>. Acesso em: 14/09/2012.

⁶⁷ PEREIRA, Jessé Leal. **Os dispositivos inconstitucionais da Lei nº 12.462 (Regime diferenciado de contratações públicas) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21298>>. Acesso em: 14/09/2012.

Neste caso, despreza-se o princípio da isonomia, pois ao se analisar a visão constitucional, constata-se que em face da contratação integrada, a igualdade de condições a todos os concorrentes não se encontra garantida.

Os pressupostos acerca do RDC, bem como de suas peculiaridades legais têm apontado como inconstitucional a disciplina pertinente à legislação especial, tendo em vista que a mesma apresenta texto legal diferenciado da Lei nº 8.666/93 para os certames e contratos necessários à realização dos mencionados eventos desportivos. Há que se perceber que a diferença entre a lei geral e a especial é que a primeira possui caráter subjetivo e a mais recente primou pela objetividade na realização dos eventos desportivos.

A partir de referido raciocínio infere-se que em um caráter permanente de pré-qualificação do objeto a ser licitado restringe-se os certames aos licitantes, de modo que contrariando a competição nas licitações. De se perceber que ao definir quem participará da disputa induz-se à formação de cartéis.

Uma leitura apressada do artigo 37 do RDC conduz ao raciocínio de que a restrição à contratação de empresa de parente de autoridade superior se dá de modo vago, quando não especifica se a referência a cada órgão da administração pública envolve todos os órgãos e entes da Administração Pública. Neste caso, há que se apontar que o dispositivo é inconstitucional, pois afeta o princípio da proporcionalidade. Eis que Renato Moreira de Rezende justifica o porquê da inconstitucionalidade:

Com efeito, não se afigura razoável proibir, por exemplo, que empresa pertencente a parente em 3º grau de um Secretário de Estado de Rondônia celebre contrato com o Estado do Rio de Janeiro, ainda que a vedação diga respeito exclusivamente a contratações sem licitação.⁶⁸

Entretanto, ao se vislumbrar o artigo 38 da Lei nº 12.462, de 2011, em que se determina que as regras de preferência de fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras constantes da legislação de âmbito geral devem ser aplicadas segundo define o RDC, vê-se que por meio do afastamento previsível na norma em apreço da incidência das normas gerais, notadamente no artigo 3º, § 2º as regras de preferência tornam-se visíveis, cujo intuito é assegurar legalmente que as mesmas sejam aplicáveis na prática.

Em considerando o artigo 1º § 2º do RDC compreende-se que o regime diferenciado de contratações públicas afastou por completo a aplicação das normas gerais da

⁶⁸ REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: comentários à lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012. P. 38.

Lei nº 8.666/93, o que em sentido legal implica em inconstitucionalidade da lei. Todavia, é inegável que ante o escopo legal da Lei Geral de Licitações Públicas, muito de seus dispositivos não se coadunam como normas gerais, tendo em vista o detalhismo vigente.

No que tange ao julgamento do RDC ser inconstitucional ou constitucional há se relevar que inconstitucional seria se somente normas especiais da regra geral fossem afastadas no âmbito do RDC, o que significaria, grosso modo, falecer competência à União para impor referidas normas à outros entes federados.

Ademais, o texto legal do RDC, sendo permissivo ou proibitivo, as regras constitucionais serão observadas sempre, mas isto não significa que a observância da Administração Pública no âmbito do RDC respectivamente ao regime da Copa, destacam-se condições e procedimentos, implica em desobediência constitucional, antes sim a sujeição à regramentos específicos dos fins à se destina atingir.

Acaso os procedimentos próprios do RDC não se qualifiquem como normas gerais e, portanto, sejam considerados como inconstitucionais, então não há que se falar em regramento geral, tendo em vista que dentre a diversidade normativa alguns pontos devem ser classificados como específicos, a fim de que o regramento geral fique em evidência.

Soma-se à esse raciocínio que o ordenamento constitucional admite em seu fundamento a permissão para que as normas acerca de procedimentos desçam à pormenores e cuidem de particularidades. Não obstante essa realidade jurídica, a literatura do Direito já reconheceu que existe dificuldade em definir o que sejam normas gerais em virtude do aspecto processual que norteia os certames públicos.

CONCLUSÃO

Indiscutível que os princípios da moralidade administrativa e da isonomia ante a exceção da Lei nº 8.666/93, conforme abordados no 1º capítulo da presente monografia, a despeito de serem normas constitucionais, são determinantes para julgar se um determinado regramento é legal, isto é, constitucional, ou inconstitucional, vez que se ilegal confronta-se com a normatividade geral. Não obstante essa verdade jurídica, a exceção da regra geral de licitação pública, ainda que seja exceção não pode se afastar da obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública, sob pena de configurar inconstitucionalidade.

Em face do exposto no capítulo 2, do presente estudo monográfico, tem-se em síntese que o mesmo demonstrou quais são os pontos cruciais a serem ponderados no momento de análise do RDC, isto é, foram enfatizados quais os requisitos que poderiam determinar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do regime diferenciado de contratação pública. Esses mesmos pontos cruciais referem-se ao atendimento do interesse público na Administração Pública, ou seja, na forma como o RDC é construído, seja, na sua formalidade, quando comparado com o regramento geral, ou ainda na prática. Outros requisitos para análise da constitucionalidade do RDC estão no gerenciamento dos recursos públicos, além das formas em que se apresenta o RDC, quais sejam, formal e materialmente.

De fato, a inafastabilidade da regra geral de licitações em alguns procedimentos da norma ofertada pelo RDC em muitas ocasiões ensejou equívocos quanto a sua constitucionalidade ou não, ou ainda se questionou em que medida o RDC infringiu o regramento geral. Com efeito, passou-se, com a edição do RDC, a confundir as conceituações da norma geral, que também pode ser classificado de aspecto formal da lei, com as regras de atuação das leis, à exemplo das novas perspectivas legais para regulamentar as obras da Copa do Mundo. É que, com pormenores instituídos pelo RDC, qual seja, para as obras da Copa, a normativa geral da Lei nº 8.666/93 tornou-se mais evidente, vez que seus aspectos peculiares mostraram-se com maior ênfase.

Em um primeiro momento na presente monografia estabeleceu-se como objetivo verificar em que medida o RDC infringe a Lei Geral de Licitações Públicas, pois bem. Constatou-se que o mesmo não fere o regramento geral, apesar de colidir em muitos pontos conflitantes entre o regime diferenciado e a regra geral, sobretudo importando perceber que, a aplicação do RDC é no sentido prático, qual seja relativamente a procedimentos, logo não ofende a Constituição Federal de 1988.

Normas acerca de procedimentos não implicam em receber rótulo de divergente do regramento geral somente porque defendeu peculiaridades, mas sim justamente com base em doutrina específica da lei que se vislumbra o que se entende por regras gerais. Justifica-se, assim, aludida conclusão no que ante o exposto no artigo 22, XXVII da CF/88, isto é, o legislador assegurou que o conceito de norma geral abrangeria todos os procedimentos do processo licitatório. Dito isto, resta evidente que as normas gerais estendem-se além do formalismo também à atuação nos certames licitatórios.

Outrossim, nos processos licitatórios impera o interesse público, logo a competência legislativa da União para discipliná-los dificilmente é recusado, em especial quando existe a necessidade de uniformização de medidas estatais. Essa necessidade de uniformizar os regramentos licitatórios, bem como diferenciar um tratamento legal de uma dada matéria em relação às outras justifica o estabelecido em sede de licitações no artigo 22, qual seja, situou-se a competência da União. Portanto, estabelece-se a competência da União para provar que uma matéria legislativa destina-se ao seu fim específico.

Destarte, a norma geral nada mais é do que um instrumento legislativo que assegura que procedimentos estatais figurem como uniformes na prática e reafirmem os princípios constitucionais, de tal modo que seja estendido o regramento à todos os entes federados.

No caso do RDC, seu regime não contraria a CF/88 porque fora instituído peculiarmente à realização das obras da Copa do Mundo de 2014, além de reproduzir muito do regramento da Lei nº 8.666/93. De outra banda, reconhece-se que há muitos pontos conflitantes entre o RDC e a Lei Geral, todavia as restrições impostas pelo RDC destinam-se a caráter legislativo específico e determinante para coibir o comprometimento do caráter competitivo do certame licitatório.

Com relação ao orçamento sigiloso constante no RDC, o mesmo assim fora definido para evitar a prática de cartéis e a elevação de preços, aspectos que se inserem, por vezes nos procedimentos de licitações públicas, enquanto comportamentos desonestos por parte de agentes públicos. Neste sentido, todos sabem que a formação de cartéis independe da divulgação de orçamentos prévios, mas que havendo o sigilo inibe-se o evoluir da estratégia, ou seja, não se dá ênfase a proclamação de práticas concorrentes com a formação de cartéis, ou ainda que venham ao encontro de benefícios de ordem pessoal para os licitantes.

Ademais, por meio do orçamento em sigilo ocorre incentivo por parte do licitante em reduzir a sua proposta e a Administração Pública recebe maiores descontos para o Poder Público, peculiarmente ao orçamento previsto. Por fim, cabe observar que, se a estratégia do orçamento sigiloso não acolher o combate das práticas cartelistas, então há outros instrumentos legais que pode bloquear referidas práticas desonestas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBOZA, Maria Eliza Braz. **O princípio da isonomia nas licitações públicas**. Disponível em: 200.198.41.151: 8081/tribunal_contas/2003/01/-sumario?next=6. Acesso em: 05/06/2012.

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

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 05/06/2012

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **RDC- Regime diferenciado de contratações públicas**. Lei nº 12.462, de 5 de Agosto de 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P.427. Idem. P. 428.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, São Paulo: Dialética, 2004. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. ver. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. ver. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª edição. ed. Malheiros. 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. ver. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2007.

PEREIRA, Jessé Leal. **Os dispositivos inconstitucionais da Lei nº 12.462 (Regime diferenciado de contratações públicas) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21298>>. Acesso em: 14/09/2012.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: Comentários à Lei 12.462/2011**. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html. Acesso em: 18/04/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2006. P. 336.