



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

CÉSAR HIDEYUKI MARUNO JUSTINO

**COMO PODERIA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SE MANIFESTAR
DIANTE DO VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DE
CONCEPÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES?**

BRASÍLIA

2019

CÉSAR HIDEYUKI MARUNO JUSTINO

**COMO PODERIA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SE MANIFESTAR
DIANTE DO VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DE
CONCEPÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES?**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Me Sabrina Durigon Marques.

BRASÍLIA

2019

CÉSAR HIDEYUKI MARUNO JUSTINO

**COMO PODERIA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SE MANIFESTAR
DIANTE DO VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DE
CONCEPÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES?**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de Bacharelado em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Professora Me Sabrina Durigon
Marques.

Brasília/DF, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professora Sabrina Durigon Marques Me.
Orientadora

Prof. Avaliador(a)

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo de como poderia o Supremo Tribunal Federal se posicionar diante de possível inconstitucionalidade formal no processo legislativo de criação do Regime Diferenciado de Contratações - RDC. O RDC provém da Medida Provisória 527 de 2011, a qual originalmente tinha como objeto exclusivo a reorganização do setor aeroviário brasileiro. Ocorre que foram incluídas diversas emendas legislativas ao corpo da Medida Provisória durante a sua tramitação no Congresso Nacional, dentre as quais a que perfaz a criação do regime diferenciado de contratações, o que deu origem à Lei nº 12.462 de 2011, que cria o regime licitatório diferenciado. Porém, tal ato deliberado de incluir, em Medida Provisória, emenda parlamentar que não detenha coerência alguma com o objeto inicial da medida é o que se chama de Contrabando Legislativo, prática amplamente repudiada pela doutrina. Isso se dá em razão de que é competência exclusiva do Presidente da República a definição de qual matéria detém os critérios de relevância e urgência constitucionalmente requeridos para compor corpo de Medida Provisória. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a prática quando do julgado de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI. Quando do julgamento da ADI 5127, o Tribunal Constitucional se posicionou no sentido da inconstitucionalidade da prática do contrabando legislativo, mas optou por modular os efeitos de tal decisão, no sentido de que tal entendimento somente seria aplicado a partir do julgado em questão em diante, em respeito ao princípio da Segurança Jurídica, razão pela qual se negou a ADI. Ressalta-se que a decisão não se deu de forma unânime. Novamente a Corte Suprema foi instada a se manifestar sobre a prática quando do julgado da ADI 5012, na qual também se presenciou a ocorrência de contrabando legislativo em corpo de Medida Provisória. No julgado em questão, por maioria, a Corte optou por manter a jurisprudência firmada no julgado anteriormente citado, negando, assim, a ação. Resta avaliar as peculiaridades de cada um dos julgamentos citados, assim como os pressupostos levantados nas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em desfavor do RDC atualmente em trâmite da Corte Máxima, a fim de avaliarmos quais as possíveis decisões que podem ser tomadas e as consequências jurídicas de cada um na Administração Pública.

Palavras-Chave: Regime Diferenciado de Contratações. Inconstitucionalidade formal. Medida Provisória. Contrabando Legislativo. Direito Constitucional (Brasil).

1	INTRODUÇÃO	5
2	PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO RDC	12
2.1	<i>Proposição da Medida Provisória 527 de 2011</i>	12
2.2	<i>Tramitação no Congresso Nacional</i>	14
2.3	<i>Sanção Presidencial</i>	16
3	CONTRABANDO LEGISLATIVO	18
3.1	<i>Conceito</i>	18
3.2	<i>Vedação Doutrinária</i>	19
4	ADI 5127	21
4.1	<i>Autoria e Fundamentação</i>	21
4.2	<i>Julgamento</i>	22
5	ADI 5012	26
5.1	<i>Autoria e Fundamentação</i>	26
5.2	<i>Julgamento</i>	27
6	AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADES CONTRA O RDC	31
6.1	<i>ADI 4645</i>	31
6.1.1	<i>Autoria e Fundamentação</i>	31
6.2	<i>ADI 4655</i>	33
6.2.1	<i>Autoria e Fundamentação</i>	33
7	POSSÍVEIS POSICIONAMENTOS DA CORTE	36
7.1	<i>Consequências jurídicas de cada posicionamento possível da Corte</i>	38
7.2	<i>Novos projetos de lei</i>	40
8	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS	45

1. INTRODUÇÃO

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), criado por meio da Lei nº 12.462 de 2011, propôs a inovar o ordenamento jurídico ao disponibilizar instrumentos mais céleres, menos burocráticos e com menos formalismos desnecessários para que se possam realizar as licitações públicas no país, conferindo maior eficiência aos processos administrativos licitatórios.

Sobre a necessidade de criação do RDC, assim descreve Vasco (2016, p.50):

A Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, foi alocada no ordenamento jurídico brasileiro como um caminho alternativo, na tentativa de proporcionar maior eficácia e eficiência, especialmente para atender aos eventos das Copas das Confederações 2013 da Copa do Mundo de 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Assim, o RDC teve como principal finalidade de sua criação o atendimento das licitações que visavam adquirir produtos e serviços necessários aos megaeventos esportivos da Copa do Mundo e das Olimpíadas, ocorridas no país entre 2014 e 2016, conjugado com a impossibilidade de tal atendimento no prazo adequado sob a luz das normas vigentes na lei de licitações até então. Sobre tal morosidade nos procedimentos licitatórios, assim discorre Celestino (2012, p. 170-201):

O regime diferenciado de contratações públicas, ou simplesmente RDC, foi instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, sob a alegação de necessidade de desburocratização de determinados processos licitatórios, tendo em vista a proximidade dos eventos já mencionados e a ausência de uma reforma tempestiva na Lei nº 8.666/93. Ao fixar as condições e procedimentos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito do RDC, a lei que o instituiu, em seu art. 1º, § 2º, determina que a adoção do regime resulta no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993.

Deste modo, pode-se observar que a morosidade, o excesso de burocracia e o engessamento dos procedimentos licitatórios causado pelo Lei de Licitações vigente foi um fator essencial que motivou a criação do RDC, com vistas a suprir a necessidade de eficientes contratações públicas para o atendimento das grandes demandas que estavam por vir.

Assim, observa-se que o RDC foi criado com a expectativa de ser um caminho mais eficiente e eficaz de atender às necessidades de compras de produtos e serviços para atendimentos dos grandiosos eventos esportivos já explicitados.

Porém, a partir da criação do novo regime houve interessante movimentação legislativa no sentido de ampliar o rol de aplicações reais do RDC, o estendendo a diversas outras áreas não previstas originalmente na legislação.

Sobre a temática, assim define Cruz (2017, p. 48):

A Administração Pública, diante da necessidade de agilizar as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo 2014 da Fédération Internationale de Football Association (FIFA) e dos Jogos Olímpicos Rio 2016, elaborou e aprovou, por meio dos órgãos competentes, a Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Tal ditame representa um marco no campo jurídico das licitações, pela inovação que visa maior economia, eficiência, celeridade nas licitações, pois, embora ainda utilize mecanismos do regime vigente e tenha recebido inicialmente críticas de alguns autores, ela realmente deslançou e passou a abranger mais áreas de atuação do que aquelas inicialmente previstas.

Deste modo, segundo o autor, houve expansão das áreas de atuação do RDC originalmente previstas pelo maior ganho em economia, eficiência e celeridade nas licitações que o novo procedimento proporciona.

A Lei nº 12.462 de 2011 foi objeto de diversas alterações por parte do legislador nesse sentido e atualmente o RDC pode ser legalmente aplicado às seguintes licitações e contratos:

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

- III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
- IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)
- VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016). (BRASIL, 2011).

Conforme é possível perceber pelo acima demonstrado, as áreas de possibilidade de aplicação do RDC tiveram um grande crescimento desde a promulgação de sua legislação, considerando que no texto original da Lei somente havia três hipóteses de sua aplicação e, atualmente, há dez hipóteses em que o RDC pode ser aplicado para licitar.

Porém, o objeto de estudos dessa pesquisa não será propriamente o regime diferenciado de contratações em si, mas sim o modo como foi criado tal procedimento, em razão das inúmeras controvérsias jurídicas atribuídas ao processo.

O RDC está regulado em lei resultante de conversão da Medida Provisória 527 de 2011, a qual tratava unicamente de reestruturação administrativa do setor aeroviário brasileiro.

A criação do RDC foi incluída no bojo da Medida Provisória por meio de emenda parlamentar durante o transcurso do projeto no Congresso Nacional.

Pode-se perceber que assunto original da Medida Provisória 527 é totalmente estranho à regulamentação de procedimento licitatório proposto.

Tal ato de incluir, por meio de emenda parlamentar, trecho em Medida Provisória de conteúdo estranho ao original é o que a doutrina costuma chamar de Contrabando Legislativo.

Sobre a prática, assim discorre Inácio (2018):

Nesse escopo, compreende-se que, diante da excepcionalidade das medidas provisórias, o Parlamento não pode, em sede de Projeto de Lei de Conversão, apresentar emendas com matérias que não possuem vínculo lógico-temático com a norma sob análise, pois esta prática possui o condão de enfraquecer não só a uniformidade, a segurança jurídica e a transparência dos atos públicos, mas, além disso, a legitimidade democrática no processo legislativo.

Assim, discorre o autor no sentido de que a prática legislativa de inclusão de matéria estranha ao texto original da Medida Provisória tem como efeito o enfraquecimento da uniformidade, da segurança jurídica e da transparência, assim como enfraquece a legitimidade democrática do processo legislativo, no sentido de que o juízo de definir qual matéria detém a urgência e relevância constitucionalmente requeridas para constar de Medida Provisória é exclusivo do Presidente da República, assim sendo a inclusão de matéria estranha por parlamentar fere a legitimidade exclusiva do chefe do Executivo para tanto.

Dessa forma, isso faz com que diversas controvérsias jurídicas parem sobre a constitucionalidade da lei de criação do RDC.

Sobre a temática aplicada ao RDC, assim dispõe Matheus Carvalho (2015, p. 573):

No que tange à constitucionalidade formal da lei, também tem sido alvo de divergência, haja vista a lei decorrer de medida provisória, que originariamente, não tinha a intenção de tratar de licitações e contratos administrativos

Assim, traz o autor o fato de o RDC ser objeto de divergência doutrinária no que tange a sua constitucionalidade formal, em razão de sua lei de criação decorrer de medida provisória que não tinha como objeto a tratativa de licitações e contratos administrativos originalmente.

Ainda sobre a mesma temática assim discorre Aragão (2018):

A lei 12.462/11 é também inconstitucional formalmente. O referido diploma normativo decorreu de medida provisória, que, originalmente não tratou sobre licitações e contratos. Os parlamentares podem proceder a emendas ao texto da medida provisória, mas não podem incluir matéria escusa àquela prevista no texto inicial.

[...]

Logo, inconstitucional a alteração procedida pelo projeto de lei por violar o processo legislativo, previsto no artigo 62 da CF ao inserir emenda no texto da medida provisória com matéria diversa a do texto inicial, devendo, dessa maneira a lei 12.462/11 ser declarada inconstitucional por vício formal.

Conforme o exposto, afirma a autora ser formalmente inconstitucional a criação do RDC, por violar a norma do processo legislativo reservada às medidas provisórias ao incluir matéria estranha à do texto inicial em seu corpo, assim devendo, segundo a autora, ser declarada inconstitucional a Lei nº 12.462 de 2011 por vício de inconstitucionalidade formal.

Tratando do Contrabando Legislativo, o Supremo Tribunal Federal analisou o tema ao julgar a ADI 5127, a qual também detinha como objeto a inclusão de matéria estranha à original em Medida Provisória durante sua tramitação no Congresso Nacional

No julgado da ação citada, assim se manifestou a Ministra Rosa Weber no tocante à prática do Contrabando Legislativo:

O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade. [...] (BRASIL, 2015).

Convergindo com o disposto pela Ministra Relatora, a Corte se manifestou no sentido da inconstitucionalidade de tal prática. Porém, em relação aos efeitos de tal decisão, o Colegiado decidiu por seguir o voto do Ministro Edson Fachin, o qual votou no sentido de modular os efeitos da decisão de forma que a declaração de inconstitucionalidade de prática de contrabando legislativo somente teria efeito nos casos ocorridos a partir do momento do julgado em questão. Assim, por voto da maioria, denegou-se a ADI 5127, restando vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o Ministro Dias Toffoli.

Pouco depois, novamente o STF foi provocado a tratar do tema do Contrabando Legislativo. Neste caso, coube ao Colegiado o julgado da ADI 5012, na qual também se avaliou a constitucionalidade de inclusões, por meio de emenda parlamentar, de trechos em Medida Provisória totalmente desvinculados ao objeto original da medida.

No caso em questão, a Ministra Relatora Rosa Weber, também relatora da ADI em análise, a qual havia votado pela procedência da declaração da inconstitucionalidade da ADI 5127, apesar de manter seu posicionamento ideológico pela inconstitucionalidade de tal prática independentemente de modulação de efeitos, manifestou-se no sentido da manutenção do princípio da segurança jurídica por meio da jurisprudência firmada pelo Tribunal anteriormente, razão pela qual votou por denegar a Ação.

Com expressa motivação na manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, também assim votaram os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Paralelamente aos julgados citados foram propostas no STF 02 (duas) ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) contra o Regime Diferenciado de Contratações, as ADI's 4645 e 4655, as quais até o presente momento não foram objeto de julgamento.

Diante de todo o exposto, faz-se necessário analisar de modo mais profundo o processo legislativo de criação do RDC, as peculiaridades de cada um dos julgamentos já realizados quanto à prática do Contrabando Legislativo, os pressupostos levantados nas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em desfavor do RDC atualmente em trâmite da Corte Máxima, os efeitos jurídicos de cada decisão possível pelo STF e o histórico de alterações de posicionamentos jurisprudenciais da Corte, com vistas a melhor entender o futuro do inovador meio de licitar chamado Regime Diferenciado de Contratações.

2. PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO RDC

2.1. *Proposição da Medida Provisória 527 de 2011*

Datada de 18 de março de 2011, a Medida Provisória 527 de 2011 foi instituída pela então Presidente Dilma Rousseff contendo originalmente a seguinte ementa:

Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. (BRASIL, 2011)

Observa-se que a Medida Provisória em questão foi instituída com a finalidade de organizar o setor aeroviário brasileiro, criando a Secretaria de Aviação Civil e o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil, procedendo alterações na legislação da ANAC, entre outras alterações pertinentes ao sistema aeroviário do país.

Com regulamentação constitucional, a instituição de medidas provisórias deve seguir o regramento previsto na carta magna em seu Artigo 62 da e parágrafos, prevendo a regra essencial para sua instituição no caput do artigo:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (BRASIL, 1988)

Cabe verificar que o texto constitucional expressamente prevê a necessidade de coexistência de situação de relevância e urgência na matéria para a instituição de Medida Provisória. Sobre o tema, assim retrata Balera (2009):

A Constituição Federal admite a edição de Medidas Provisórias em caso de relevância e urgência. Cumpre observar, desde logo, que os requisitos não são alternativos como na Constituição anterior. Portanto é necessária a presença dos dois requisitos simultaneamente para que o Presidente esteja autorizado a adotar Medidas Provisórias.

A demonstração da relevância e urgência para a criação da Medida Provisória 527 de 2011 foi realizada por meio da Exposição de Motivos Interministerial nº 31, a qual demonstra a relevância em seus parágrafos 03 e 04, assim como demonstra a urgência por meio do seu parágrafo 10, conforme segue:

3. A sociedade brasileira há tempos estava a exigir uma ampla reformulação do quadro institucional voltado à gestão da aviação civil. A criação da Secretaria de Aviação Civil representa um importante passo para a construção de um novo modelo institucional em que os vetores segurança, regularidade e pontualidade sejam abordados de forma a garantir um ambiente favorável tanto aos usuários quanto aos prestadores do serviço.

4. Outro aspecto importante da iniciativa diz respeito ao enfrentamento da crescente demanda que decorre da expansão do mercado de aviação civil, avultada pela proximidade dos eventos esportivos de grande envergadura que serão sediados pelo País nos próximos anos. Nesse sentido, confere-se à Secretaria a atribuição de promover a harmonização dos planejamentos relativos à aviação civil, à infraestrutura aeroportuária civil e à infraestrutura de navegação aérea civil, com vistas à adequação da capacidade das infraestruturas instaladas à expansão do transporte aéreo. Sob a mesma ótica, é prevista a elaboração de estudos de projeção de demanda, que serão utilizados como referência para o planejamento de médio e longo prazo da aviação civil.

10. É esse relevante conjunto de medidas, urgentes sobretudo em razão do exíguo prazo para que a reorganização do setor de aviação civil apresente as melhorias e os resultados esperados pela sociedade, que nos levam a submeter à consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Medida Provisória. (BRASIL, 2011).

Analisados os critérios que balizaram o preenchimento de relevância e urgência da Medida Provisória em questão, seria possível debater se realmente tais requisitos foram cumpridos, porém não será tal ato objeto deste estudo, por já haver entendimento jurisprudência da corte máxima do Judiciário no sentido que o exame de relevância e urgência de matéria de medida provisória é exclusiva do Chefe do Executivo, somente cabendo sua análise judicial em casos excepcionalíssimos, conforme se demonstra a seguir:

Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. [ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007.]. (BRASIL, 2007).

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, rel. min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997). [ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007.]. (BRASIL, 2007).

Assim, é posicionamento pela corte constitucional pela da impossibilidade análise de mérito de relevância e urgência de instituição de Medida Provisória, somente sendo cabível em casos excepcionalíssimos, razão pela qual não se analisará tal mérito.

2.2. *Tramitação no Congresso Nacional*

A Medida Provisória 527 foi encaminhada pela Presidente da República na data da sua publicação, ou seja, 18/03/2011, para análise pelo Congresso Nacional.

A medida foi analisada previamente por comissão mista de deputados e senadores antes de ir para votação em cada casa do Congresso Nacional, seguindo a norma constitucional:

Artigo 62 § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988)

Seguindo tal mandamento, o projeto foi analisado pela Comissão Mista de deputados e senadores, sendo que, durante tal período, a então Deputada Federal Mara Gabrilli, propôs emenda à Medida Provisória que visava incluir em seu texto a aplicação de procedimento licitatório mais simplificado e menos burocrático, aplicável exclusivamente até então às licitações e contratos para anteder os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016 e a Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo FIFA de 2014, conforme se demonstra abaixo no texto original da emenda:

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; (BRASIL, 2011).

O relator, então Deputado José Guimarães, apresentou parecer favorável à regularidade da Medida Provisória apresentada pela Chefe do Executivo, assim como fez questão de se apresentar favorável em seu relatório à emenda de nº 1, proposta pela Deputada Mara Gabrilli, conforme se demonstra abaixo no resumo do parecer do Relator:

Parecer proferido em Plenário e entregue à Mesa pelo Relator, Dep. José Guimarães (PT-CE), pela Comissão Mista, que conclui pelo atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência; pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; pela admissibilidade desta Medida Provisória e das Emendas apresentadas; e, no mérito, pela aprovação desta Medida Provisória e das Emendas de n.ºs 1 e 13, na forma do Projeto de Lei de Conversão apresentado, e pela rejeição das demais Emendas. (BRASIL, 2011).

Apresentado e aprovado o parecer do Deputado relator José Guimarães na Comissão Mista de deputados e senadores, este apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de lei de conversão da Medida Provisória, contendo as emendas propostas e aprovadas durante a tramitação na comissão mista, tendo sido o projeto de lei de conversão encaminhado para discussão e deliberação da Câmara dos Deputados. No tocante ao nome do projeto, considerando a inclusão de proposta emenda parlamentar, a Medida Provisória passa a se chamar de Projeto de Lei de Conversão, tendo recebido a identificação de Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011.

O Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011 foi apresentado à Câmara dos Deputados no dia 15/06/2011, ocorrendo o início da votação para sua aprovação ou rejeição nesta mesma data.

No bojo da discussão do projeto da Câmara, foi proposto pelo então Deputado Federal Jovair Antunes a inclusão de um terceiro inciso no artigo 1º do projeto, incluindo a seguinte hipótese de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. (BRASIL, 2011).

O projeto foi discutido e votado nas sessões dos dias 15/06/2011 e 28/06/2011, tendo sido aprovada definitivamente nesta última sessão, com aprovação também da emenda proposta pelo Deputado Jovair Antunes, mantendo-se, assim, as três hipóteses de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações

Assim, o Projeto de Lei de Conversão foi encaminhado no dia 29/06/2011 para discussão e deliberação do Senado Federal, conforme mandamento constitucional.

No Senado Federal, o projeto foi aprovado em sua íntegra, razão pela qual não foi necessário seu retorno à casa iniciadora e foi encaminhado diretamente para a sanção presidencial.

2.3.Sanção Presidencial

O projeto foi sancionado pela então Presidente da República Dilma Rousseff na data de 04/08/2011, transformando-se na Lei Ordinária nº 12.462/2011, promulgada com a seguinte ementa:

Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto

de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. (BRASIL, 2011)

É possível perceber que a ementa da Lei nº 12.462/2011 manteve-se praticamente igual à ementa original da Medida Provisória 527 de 2011, somente se alterando sutilmente o início da emenda para incluir a instituição do RDC.

Importante se faz salientar posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que a sanção presidencial de projeto de lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na Medida Provisória, conforme se demonstra:

Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. [ADI 3.090 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2006, P, DJ de 26-10-2007.] = ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 22-3-2013. (BRASIL, 2013).

Conversão da medida provisória na Lei 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. [ADI 4.048 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2008, P, DJE de 22-8-2008.] = ADI 4.049 MC, rel. min. Ayres Britto, j. 5-11-2008, P, DJE de 8-5-2009 (BRASIL, 2009).

Desta forma, havendo se posicionado o tribunal constitucional no sentido de que, havendo vício formal na Medida Provisória, a eventual sanção presidencial e aprovação do projeto de lei de conversão não convalidaria tal vício.

3. CONTRABANDO LEGISLATIVO

3.1. *Conceito*

Popularmente conhecida como Emenda Jabuti, o Contrabando legislativo é o nome dado à prática legislativa recorrente de incluir emendas parlamentares em projetos de lei de conversão de Medida Provisória proposta pelo Chefe do Executivo que não tenham pertinência temática com a matéria original da Medida Provisória.

Tal prática ocorre em razão de o procedimento legislativo de aprovação de medidas provisórias ser mais célere, com prazo mais acelerado para sua aprovação, inclusive ocorrendo trancamento de pauta se atingido seu limite temporal sem que haja sua votação, conforme rege o artigo 62, §6º, da carta magna:

Art. 62 § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (BRASIL, 1988).

Deste modo, era de praxe a inclusão de inúmeras iniciativas com as mais diversas temáticas dentro do bojo de Medida Provisória, visando aproveitar-se de seu procedimento mais célere, em contrapartida ao procedimento legal que seria necessário para aprovação de lei ordinária regulando o mesmo tema.

Conforme voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento da ADI 5127, é afirmado ser a prática do contrabando legislativo um procedimento marcadamente antidemocrático, pois subtrai o procedimento ordinário previsto constitucionalmente de discussão e debate público de matéria que regula a vida comum social, conforme abaixo:

O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos

legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade. [...] (BRASIL, 2015).

3.2. Vedação Doutrinária

É verificável na doutrina constitucionalista o posicionamento majoritário pela obrigatoriedade de que as emendas parlamentares guardem pertinência temática com a matéria de origem da Medida Provisória.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes resgata o período em que ainda havia o Decreto-Lei em lugar da atual Medida Provisória, no qual não era cabível realizar emendas parlamentares no decreto-lei instituído pelo Presidente da República. Porém, com a promulgação da Constituição de 1988 e a instituição de Medidas Provisórias, foi agraciado o legislativo com a possibilidade de realizar emendas a estas, mas devendo, obrigatoriamente, ter pertinência de tema com a matéria constante da Medida Provisória, conforme cita o autor (Mendes, p. 934-935):

A medida provisória pode ser emendada no Congresso, não mais perdurando a proibição nesse sentido que havia no regime do decreto-lei, na ordem constitucional pretérita. As emendas apresentadas, devem, porém, guardar pertinência temática com o objeto da medida provisória, sob pena de indeferimento.

No mesmo sentido doutrina Uadi Bulos (2007, p. 985), ao afirmar que o processo legislativo especial das medidas provisórias é regime de exceção, somente sendo cabível nele ser incluído objeto relacionado à matéria considerada relevante e urgente pelo Chefe do Executivo quando da edição de Medida Provisória, assim dispendo:

O que é inadmissível é o alargamento do procedimento legislativo especial das medidas provisórias, enxertando assunto novo, completamente distinto daquele versado pelo Presidente da República.

Desse modo, rege o autor que o regime de exceção conferido constitucionalmente à Medida Provisória somente autoriza que nela se inclua a matéria que o Chefe do Executivo determinar ser de cumprimento relevante e urgente, não sendo cabível, assim, a inclusão de matéria estranha em corpo de Medida Provisória por mera deliberalidade de parlamentar.

4. ADI 5127

4.1. *Autoria e Fundamentação*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5127, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, visava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 76 da Lei nº 12.249 de 2010, a qual é objeto de projeto de lei de conversão da Medida Provisória 472 de 2009.

A Medida Provisória 472 de 2009 detinha a seguinte ementa:

Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste - REPENEC; cria o Programa Um Computador por Aluno - PROUCA e institui o Regime Especial de Aquisição de Computadores para uso Educacional - RECOMPE; prorroga benefícios fiscais; constitui fonte de recursos adicional aos agentes financeiros do Fundo da Marinha Mercante - FMM para financiamentos de projetos aprovados pelo Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante - CDFMM; dispõe sobre a Letra Financeira e o Certificado de Operações Estruturadas; altera a redação da Lei no 11.948, de 16 de junho de 2009; ajusta o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV; e dá outras providências. (BRASIL, 2009).

Porém, quando em tramitação na Comissão Mista, foram incluídas diversas matérias estranhas à pertinência temática da Medida Provisória em questão, sendo instigador para ajuizamento da ADI 5127 o disposto no artigo 76 do projeto de lei de conversão, o qual extingue a categoria de técnico de contabilidade. Nota-se que não há pertinência temática alguma entre a matéria originalmente tratada na Medida Provisória e as matérias referentes à regulação da carreira de profissionais de contabilidade nela incluída posteriormente pelo legislativo federal, sendo tal entendimento o fulcro do ajuizamento da ADI 5127.

Com fulcro no exposto, a ADI em questão requeria a declaração de inconstitucionalidade do artigo 76 da Lei nº 12.249 de 2010, a qual se trava de projeto de lei de conversão da medida provisória 472 de 2009.

4.2. *Julgamento*

A Ministra Rosa Weber, relatora do caso, proferiu voto no sentido de que o poder de emenda legislativa deve guardar estrita relação de afinidade temática com o objeto original da Medida Provisória, conforme se demonstra em trecho de seu relatório:

Assim qualificado o poder de emenda, anoto que a alteração da proposta legislativa sujeita a cláusula de reserva de iniciativa somente se legitima quando a modificação proposta – seja para ampliar, restringir, adequar ou adaptar o alcance do texto original –, guarda com ele estrita relação de afinidade temática. Nessa linha, esta Suprema Corte tem reiteradamente afirmado a inconstitucionalidade de alterações normativas incluídas por emenda parlamentar quando desprovidas de vínculo de pertinência material com o objeto original da iniciativa normativa submetida a cláusula de reserva. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, a Ministra relatora afirma que, quando ausente o vínculo de afinidade material com a matéria de origem, tal ato de emendar é incompatível com o delineamento constitucional, conforme se observa:

Como a jurisprudência desta Suprema Corte entende incompatível com o delineamento constitucional a incorporação de emenda parlamentar a projeto de lei apresentado pelo Chefe do Poder Executivo nos limites do seu poder de iniciativa quando ausente o vínculo de afinidade material, a mesma *ratio* conduz a que tampouco se admita emenda absolutamente inovatória em rito legislativo sujeito a garantias mais brandas do que as que norteiam o processo legislativo ordinário. (BRASIL, 2015).

Ademais, afirma a Ministra que a prática do contrabando legislativo confere ao parlamentar a possibilidade de se esquivar do processo legislativo constitucionalmente previsto, eximindo-se de todos os seus regramentos garantidores da segurança jurídica, dando-lhe, assim, a possibilidade de se utilizar do rito célere das medidas provisórias para aprovar matérias de seu interesse estranhas ao contexto, conforme se observa:

A incorporação de emenda parlamentar sobre matéria estranha às versadas na medida provisória implica permitir se instaure o rito legislativo anômalo previsto excepcionalmente na Carta Política para a conversão de medida provisória em lei quanto a matéria não submetida ao Congresso Nacional na forma do art. 62, caput, da Constituição da República. Mais do que o poder de emenda, significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa para, esquivando-se do procedimento

para aprovação das leis ordinárias, submeter propostas legislativas avulsas ao rito dos projetos de lei de conversão, aproveitando-se da tramitação de medida provisória sobre outra matéria. (BRASIL, 2015).

Ante todo o exposto, a Ministra relatora se posicionou pela procedência da ADI 5127, diante da falta de vínculo temático com a matéria em questão tratada na Medida Provisória 427 de 2009.

O Ministro Edson Fachin, próximo a votar, convergiu com a Ministra relatora no tocante à inconstitucionalidade de emendas parlamentares sem vinculação temática com a matéria objeto da Medida Provisória. Segundo o Ministro, só cabe instituir Medida Provisória para matéria relevante e urgente, critérios de juízo político do chefe do Executivo, sendo que, uma vez instituída a temática relevante e urgente pelo crivo do Presidente da República, somente se poderia propor emenda com pertinência a esta matéria, conforme se demonstra:

Se a Medida Provisória é espécie normativa de competência exclusiva do Presidente da República e excepcional, pois sujeita às exigências de relevância e urgência – critérios esses de juízo político prévio do Presidente da República –, não é possível tratar de temas diversos daqueles fixados como relevantes e urgentes. Uma vez estabelecido o tema relevante e urgente, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de Medida Provisória em lei se limita e circunscreve ao tema definido como urgente e relevante. Vale dizer, é evidente que é possível emenda parlamentar ao projeto de conversão, desde que se observe a devida pertinência lógico-temática. (BRASIL, 2015).

Ademais, assim como a Ministra Relatora, cita o Ministro Edson Fachin que a prática do chamado contrabando legislativo dispõe de complexidades democráticas, assim como poderia estar sendo usado pelo Legislativo como resposta ao trancamento da pauta legislativa causada pelas inúmeras medidas provisórias propostas pelo Executivo, correspondendo, assim, a uma problemática entre a separação dos poderes, conforme se dispõe:

Nessa quadra, a prática das emendas parlamentares no processo de conversão de medida provisória em lei com conteúdos temáticos distintos dos nela versados apresenta fortes complexidades democráticas. Pode, até mesmo, ser vista e explicada como uma possível resposta à atuação do Executivo diante do trancamento das demais deliberações da pauta do Legislativo (art. 62, §6º) em razão das diversas Medidas Provisórias editadas. (BRASIL, 2015).

Apesar do disposto, como se tratava de um *leading case*, visando a manutenção da segurança jurídica e temendo as inúmeras distorções e lesões a bens jurídicos que uma aplicação *ex-tunc* poderia causar, o Ministro Edson Fachin se posicionou pela improcedência da ação, porém reconhecendo a inconstitucionalidade formal de emenda parlamentar em medidas provisórias em matéria estranha ao seu objeto a partir da data deste julgamento, assim preservando a legalidade dos casos ocorridos até então, incluindo esta ADI, conforme se observa:

Diante do exposto, voto pela improcedência dos pedidos formulados na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127, tendo como pressuposto que o reconhecimento da inconstitucionalidade formal decorrente da impossibilidade de se incluir emenda em projeto de conversão de Medida Provisória em lei com tema diverso do objeto originário da Medida Provisória, deve, em obediência ao princípio da segurança jurídica, preservar, até a data deste julgamento, as leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido do Ministro Fachin, diversos Ministros se posicionaram pela inconstitucionalidade do contrabando legislativo, porém, visando a manutenção da segurança jurídica, se posicionaram pela aplicação de tal posicionamento somente a partir deste julgamento. Neste sentido, votaram, por exemplo, a Ministra Carmén Lúcia e o Ministro Celso de Mello, respectivamente:

Por isso, Presidente, conluo no sentido de julgar improcedente a ação, assinalando também, como já foi feito pela maioria, ressalva feita ao Ministro Dias Toffoli, a não continuidade dessa prática, quer dizer, valemo-nos dos precedentes que temos, e que foram lembrados pelo Ministro Gilmar Mendes, para considerar ainda constitucional essa norma e fazer com que, com essa sinalização, o Congresso Nacional não possa daqui para frente adotar a mesma prática.

[...]

Ocorre, no entanto, que reputo prudentes as considerações feitas pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, que, embora reconhecendo a inconstitucionalidade formal do denominado “contrabando legislativo”, entendeu, em respeito ao postulado da segurança jurídica, que se devem preservar, até a data deste julgamento, “as leis fruto de emendas [que não observaram o requisito da pertinência temática] em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta”. (BRASIL, 2015).

Seguindo o posicionamento do Ministro Fachin, que veio a ser escolhido pelo então Presidente do STF – Ministro Ricardo Lewandowski – como redator do acórdão, o tribunal constitucional decidiu pela sua maioria por firmar o entendimento de que não é compatível com o

mandamento constitucional o uso do poder de emenda para instituir matéria em Medida Provisória que não seja pertinente ao tema original da medida. Porém, tal entendimento somente seria aplicado da data do julgamento em diante, razão pela qual o tribunal se posicionou em sua maioria pelo indeferimento da ADI 5127, conforme se observa em seu acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, com a cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, ex nunc, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional, ressalvado o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, que propôs o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do costume, bem como da constitucionalidade da Resolução do Congresso Nacional que regulamenta a matéria. Restaram vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Marco Aurélio, e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o Ministro Dias Toffoli, que o julgava improcedente. (BRASIL, 2015).

5. ADI 5012

5.1. *Autoria e Fundamentação*

De autoria do Procurador Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5012 teve como finalidade requerer o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 113 a 126 da Lei nº 12.249/10, resultante da conversão da Medida Provisória nº 472 de 2009.

Tal Medida Provisória originalmente tratava de regimes especiais de incentivo, prorrogação de benefícios fiscais, destinação de recursos ao Fundo da Marinha Mercante e instituía regras para o sistema financeiro e para o Programa Minha Casa Minha Vida. Porém, durante sua tramitação no Congresso Nacional, foram propostas emendas parlamentares para incluir no corpo do projeto de lei de conversão várias questões ambientais, tais como a redução da área da Floresta Nacional do Bom Futuro (Rondônia) e a alteração dos limites do Parque Nacional Mapinguari e da Estação Ecológica de Cuniã (ambos entre Amazonas e Rondônia).

Partindo de tais fatos, a Procuradoria Geral da República argumenta ser flagrante a ocorrência de inclusão de matéria estranha à tratada originalmente na Medida Provisória, o que acarretaria afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos poderes, pois, segundo o autor, seria exclusivamente do chefe do Executivo o crivo necessário dos critérios de relevância e urgência que a carta magna exige para decidir quais matérias deveriam ser veiculadas por esse meio. Assim descreve o *parquet*:

Referida cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devem ser encaminhados por essa via. (BRASIL, 2013).

Deste modo, se argumenta no sentido de que a atribuição exclusiva do Presidente da República de decidir os casos de urgência e relevância que devem compor uma Medida Provisória

são violados pelo Poder Legislativo ao se incluir matéria estranha no corpo do texto, utilizando-se indevidamente do seu poder de emenda.

Tal violação ao devido processo legislativo já teria sido, inclusive, internalizada pelo Congresso Nacional por meio da Resolução nº 1 de 1989 – CN, conforme se transcreve:

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”. (BRASIL, 1989).

Deste modo se observa que, além de violação a princípios constitucionais, também se demonstra violação à norma primária do próprio legislativo quando se exerce abuso do direito de emenda para realizar emendas indevidas em projeto de Medida Provisória.

Diante do exposto, assim concluiu a Procuradoria Geral da República:

Portanto, como a Lei nº 12.249/10, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pelo Presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida. (BRASIL, 2013).

Portanto, nos termos acima, requereu o Procurador Geral da República pela procedência do pedido de inconstitucionalidade dos artigos 113 a 126 da Lei nº 12.249 de 11 de junho de 2010, porquanto sua inclusão no texto de Medida Provisória se deu de forma irregular.

5.2. *Julgamento*

O julgado ficou a cargo da relatoria da Ministra Rosa Weber, a qual, por coincidência, também havia relatado o julgamento da ADI 5127. Neste interim, a Ministra já inicia seu voto relembrando o julgado, ressaltando que, quando de seu julgamento, já se posicionou a Corte Constitucional no sentido de contrariedade à prática de conteúdo normativo de emenda sem vínculo de pertinência temática, conforme de descreve:

Na ocasião, a maioria do Plenário acompanhou a tese que sustentei da inconstitucionalidade formal, i.e., de que a inclusão, na redação final da Lei nº 12.249/2010, mediante emenda parlamentar, de conteúdos normativos sem vínculo de pertinência temática com os temas objeto da medida provisória submetida à conversão em lei (MP nº 472/2009) afrontou o princípio democrático, a separação entre os Poderes e o devido processo legislativo constitucional. (BRASIL, 2017).

Assim, manifestou-se o STF pela violação aos princípios democráticos, à separação dos Poderes e ao devido processo legislativo quando da ocorrência de emendas parlamentares estranhas ao objeto original da Medida Provisória, conforme o extenso julgado da ADI 5127, ao qual a Ministra relatora fez questão de ler praticamente em sua totalidade quando da proclamação de seu voto.

Deste modo, descreve a relatora que os ministros a acompanharam no entendimento da ilegalidade de tais atos, porém o voto da Ministra restou vencido no tocante a sua proposta de modulação dos efeitos da decisão, conforme se transcreve:

Fiquei, todavia, vencida, quando do exame de eventuais efeitos prospectivos a conferir à decisão, tendo prevalecido a proposta formulada pelo eminente Ministro Edson Fachin. Assim, a despeito de afirmada naquele feito a tese, forte nos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, de que inquinada do vício da inconstitucionalidade formal emenda em projeto de conversão de medida provisória em lei com conteúdo divorciado do objeto originário, decidiu-se, à invocação do postulado da segurança jurídica, “preservar, até a data deste julgamento, as leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta”, do que redundou juízo de improcedência do pedido. (BRASIL, 2017).

Nos termos apresentados, se modularam os efeitos para manter a validade dos casos de contrabandos legislativos ocorridos até a data do julgamento em questão, e, por conseguinte, declarar a ilegalidade e a inconstitucionalidade dos casos que ocorrerem a partir da data do julgamento em questão (ADI 5127).

Diante do exposto, apresenta a relatora o seguinte voto:

Não obstante, acatando o entendimento do Plenário, forte no princípio da segurança jurídica, de que permanecem válidos os preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão – ainda que sem relação com o objeto da medida provisória –, aprovados antes da data daquele julgamento, 15.10.2015 – caso dos autos, em que a Lei 12.249 data, como visto, de 11.6.2010 –, julgo improcedente a presente ação direta. (BRASIL, 2017).

Deste modo, declara a relatora que vota pela improcedência da ADI 5012 com fulcro na segurança jurídica e com a finalidade de a manter a jurisprudência firmada.

Com expressa motivação na manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, votaram no mesmo sentido da relatora os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Mas crê-se que seja um ponto de suma importância ressaltar o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento desta ADI 5012. O eminente Ministro se demonstra inteiramente contrário à modulação de efeitos decidida pela maioria no julgado da ADI 5127 e aderida pelos Ministros no julgamento em questão. Rege o Ministro que a flexibilização da Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal serviria de estímulo para a produção, pelo Legislativo, de leis inconstitucionais. Discorre o Ministro:

Presidente, receio que a flexibilização da Constituição Federal pelo Supremo seja um estímulo às muitas Casas Legislativas a editarem, a continuarem editando, leis inconstitucionais.

A glosa tem eficácia pedagógica, como tive oportunidade de ressaltar no precedente. Inibe certas práticas à margem da ordem jurídica e por ocupantes de cargos políticos que deveriam observá-la, dando o exemplo. De duas a uma: ou a Carta da República continua rígida, submetendo indistintamente, inclusive o Supremo, ao que nela se contém, ou passa a ser um documento flexível, caminhando-se para, como disse, a mitigação. (BRASIL, 2017).

Assim, salienta o Ministro Marco Aurélio o seu entendimento de que a flexibilização da norma constitucional do modo operado inibe a eficácia pedagógica a que o Ministro se refere, a qual teria como resultado inibir práticas legislativas à margem da ordem jurídica, tais como o próprio contrabando legislativo que se discute na ADI em questão

Em razão disso, requer o Ministro que tal entendimento seja revisto e rediscutido pelos seus pares, salientando estarem os Ministros na instância correta para tanto, ou seja, o Plenário, ressaltando que a decisão denegatória da ADI 5127 também se deu pelo Plenário, sendo esse, portanto, o órgão adequado para rever a decisão. Assim requer o Ministro:

Quanto ao princípio do colegiado, ressalto que estamos na seara própria a rediscutir a matéria, o Pleno. E temos revisto ópticas anteriores.

Não posso fechar os olhos ao fato ressaltado pelo Procurador-Geral da República, a consubstanciar, como disse a ministra Rosa Weber, um verdadeiro contrabando, considerada a lei de conversão, o que proposto pelo Executivo – e a conversão é de algo existente –, uma verdadeira tomada de carona no que encaminhado. Espero que, pelo menos, a lei de conversão tenha ido à sanção do Presidente da República, como previsto no parágrafo 12 do artigo 62 da Carta Federal. (BRASIL, 2017).

Ressaltando que a decisão proferida em sede da ADI 5127 se deu por respeito ao princípio da Segurança Jurídica, o Ministro ainda profere uma proposta de atuação do Tribunal para rever o posicionado anterior e mesmo assim manter o respeito ao princípio, como se segue:

Quanto à segurança jurídica – lastimavelmente o Judiciário é moroso e, às vezes, é provocado após a passagem de certo período –, não se caminhará para fulminar a lei como um todo, mas para afastar a eficácia, porque inconstitucionais sob o ângulo formal, dos artigos mencionados – creio serem os artigos 113 a 126. (BRASIL, 2017).

Conforme descrito, propôs o Ministro afastamento da eficácia somente dos artigos 113 a 126 da Lei nº 12.249/2010, os quais foram os objetos de contrabando legislativo propriamente ditos.

Assim, votou o Ministro pela procedência da ADI 5012.

Deste modo, o Tribunal, por sua maioria, julgou improcedente a ação, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Ressalta-se estarem ausentes no julgado os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes

6. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADES CONTRA O RDC

Atualmente, estão em tramitação no Supremo Tribunal Federal 02 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra o Regime Diferenciado de Contratações, as ADI 4645 e 4655, que serão tratadas nos tópicos abaixo.

6.1. ADI 4645

6.1.1. Autoria e Fundamentação

Proposta pelo Partido Social Democrata Brasileiro - PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista, esta ação direta de inconstitucionalidade visa que seja declarada a inconstitucionalidade formal e material da Medida Provisória 527 de 2011 e da Lei nº 12.462 de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações.

No tocante à inconstitucionalidade formal, afirmam os autores que há inconstitucionalidade na Medida Provisória 527 de 2011 pelo fato de claramente não estarem presentes os requisitos constitucionais de relevância e urgência na Medida Provisória em questão, ao passo que aquela somente tinha como objetivo reorganizar a Presidência da República e o Sistema Aeroviário Brasileiro, matérias consideradas comuns e ordinários pelos autores da demanda.

Ainda no que tange à inconstitucionalidade formal, também regem os autores da ADI haver inconstitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações, pelo fato de esta ter se originado de emenda parlamentar à Medida Provisória 527 de 2011, com a qual não guardou pertinência temática alguma, o que acarretaria a inconstitucionalidade desta lei. Segundo os autores:

As emendas não devem conter conteúdo estranho à proposição normativa a que se referem. Devem observar pertinência temática com o texto originário da medida provisória, uma vez que o Parlamento não pode se desviar dos temas que foram normatizados originalmente pelo Presidente da República, sob pena de produzir alteração inconstitucional na proposição. (BRASIL, 2011).

Desse modo, requerem os autores da ADI que seja declarada inconstitucional a Lei nº 12.462 de 2011 por vício de inconstitucionalidade formal na sua concepção, causada pelo fato de sua inclusão ter se dado de forma indiscriminada dentro do corpo de Medida Provisória sem que houvesse pertinência temática para tanto, o que, segundo os autores, culmina em alteração inconstitucional na proposição do Presidente da República, da qual não pode o Parlamento se desviar quando da realização de emendas parlamentares.

Também afirmam os autores ser a Lei nº 12.462 de 2011 eivada de inconstitucionalidade material, por vários motivos. Primeiramente citam os autores que há violação quanto à obrigatoriedade constitucional de licitar, ao passo que o procedimento do RDC não poderia ser considerado um processo licitatório. Os autores também citam violação no tocante ao regime de contratação integrada e remuneração variável previsto na Lei de Licitações, ao afirmar que tais dispositivos violam os princípios constitucionais da moralidade e isonomia, pois permitiriam o julgamento das propostas dos licitantes por critérios subjetivos, violando, assim, a igualdade licitatória. Também se afirma haver violação ao princípio da publicidade no artigo 15, §2º, da lei em questão, o qual dispensa a publicação em diários oficiais de licitações de até R\$ 80.000,00 para bens e serviços comuns e de até R\$ 150.000,00 para obras, bastando a publicação em sítio eletrônico oficial, assim como também se afirma violar o mesmo princípio a possibilidade de orçamento sigiloso previsto no artigo 6º, § 3º, da lei em questão, que no caso somente se revelariam os valores orçados no final do procedimento licitatório.

No tocante às hipóteses de inconstitucionalidade material do MPV 527 de 2011 e da Lei nº 12.462 de 2011 levantadas pela ADI 4645, estas não serão aprofundadas por não ser objeto deste estudo.

Até o presente momento a ADI 4645 não foi pautada para julgamento no Supremo Tribunal Federal.

6.2. ADI 4655

6.2.1. Autoria e Fundamentação

Proposta pelo então Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, esta Ação Direta de Inconstitucionalidade visa evidenciar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 12.462 de 2011, pelos fatos e motivos a seguir descritos.

No que se relaciona ao vício formal da Lei, relata o então Procurador Geral a ilegalidade da inclusão da matéria referente ao Regime Diferenciado de Contratações em uma Medida Provisória que não tinha relação alguma com este tema, tratando única e exclusivamente da reorganização da Presidência da República e do Sistema de Aviação Civil.

Segundo o autor, tal inclusão de matéria estranha contrariaria o processo legislativo e até mesmo o Princípio da Separação dos Poderes, por se tratar de iniciativa exclusiva do Presidente da República decidir sobre qual matéria é revestida dos requisitos de relevância e urgência necessários para estar no corpo da Medida Provisória. Segundo o Procurador Geral:

A inclusão de matéria estranha à trada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 a 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CR). Isso porque tal espécie normativa é da iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir, também com exclusividade, quais, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio. (BRASIL, 2011).

Com vistas no princípio da separação dos poderes, se descreve a impossibilidade de incluir matéria estranha na Medida Provisória pois trata-se de competência exclusiva do Presidente decidir as matérias que cumpram os requisitos constitucionais necessários para ingressar em uma Medida Provisória, conforme se prevê:

Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação dos Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir

os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via. [...]. (BRASIL, 2011).

Reforçando o entendimento jurisprudencial do STF, se posiciona o PGR pela impossibilidade de convalidação do vício inconstitucional formal pela sanção do Chefe do Executivo, razão pela qual, mesmo com a aquiescência da então Presidente da República, não ficaria afastada a inconstitucionalidade formal do ato, citando-se os o seguinte julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República).2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica.3. **A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal.**4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República.5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (Grifou-se) (BRASIL, 2014).

Por este fato, requer o PGR que seja declarada a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462 de 2011 por vício nas emendas parlamentares que criaram o bojo da lei em questão.

No que tange à materialidade, regeu o então PRG ser materialmente inconstitucional o artigo 9º da Lei nº 12.462 de 2011 e seus parágrafos, por instituírem a chamada Contratação Integrada, modalidade de licitação na qual se licita sem a realização de um projeto básico, sendo este, inclusive, um dos objetos licitados. Rege o autor ferir o princípio da isonomia, pois não

haveria como garantir a igualdade entre os concorrentes sem a definição prévia e clara do objeto do contrato, o qual é detalhado justamente por meio do projeto básico.

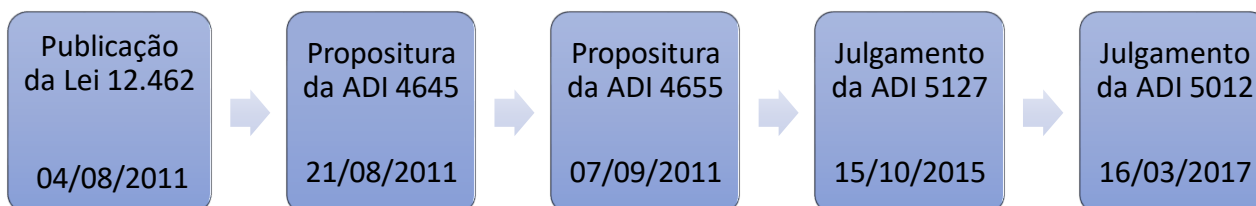
Também iria de encontro com a inconstitucionalidade o previsto no artigo 30 da lei em questão, o qual prevê a pré-qualificação, que seria um procedimento anterior à licitação que visaria analisar condições de habilitação e exigências técnicas e de qualidade dos licitantes, podendo, assim, violar o princípio licitatório da ampla concorrência, ao se dispor, no §2º do artigo em questão, da possibilidade de limitação do procedimento licitatório somente aos candidatos aprovado na pré-qualificação, limitando, assim, o universo de possíveis concorrentes ao pleito licitatório, impedindo a aplicação da efetiva ampla concorrência.

No tocante às hipóteses de inconstitucionalidade material do Lei nº 12.462 de 2011 levantadas pela ADI 4655, estas não serão aprofundadas por não ser objeto deste estudo.

Até o presente momento a ADI 4655 não foi pautada para julgamento no Supremo Tribunal Federal.

7. POSSÍVEIS POSICIONAMENTOS DA CORTE

Com base em todas as informações apresentadas se torna possível mentalizar os seguintes marcos temporais:



Diante de todo o exposto, é possível vislumbrar dois cenários possíveis para a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ADI's em face do Regime Diferenciado de Contratações (4645 e 4655).

Um primeiro cenário seria a decisão do colegiado pela improcedência de tais demandas, embasando-se os ministros pelo princípio da Segurança Jurídica e visando a manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, tal como se procedeu no julgado da ADI 5012.

Um segundo cenário seria vislumbrar a possibilidade de revisão da jurisprudência firmada na ADI 5127 e a conseqüente procedência da declaração de inconstitucionalidade.

Em um primeiro momento, torna-se bem plausível crer que se aplicará integralmente o primeiro cenário apresentado.

Porém, devem-se ressaltar alguns pontos.

Iniciou-se um movimento em prol da revisão do entendimento firmado, incitado pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro trouxe novamente à discussão pontos considerados irregulares e ineficazes pelo Magistrado na jurisprudência firmada. Ressalta-se que o Ministro apresentou argumentos que inclusive foram utilizados anteriormente pelos Ministros Ricardo Lewandowski,

Rosa Weber e inclusive ele próprio (Marco Aurélio) quando do julgamento da ADI 5127, no qual esses Ministros votaram pela inconstitucionalidade da prática e, por conseguinte, pela procedência da ação, mas acabaram tendo o voto vencido.

Ressalta-se que não participaram do julgamento da ADI 5012 os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, devendo ser observado que o Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento da ADI 5127, apresentou voto distinto dos seus pares. O Ministro votou pela improcedência da demanda, mas com a justificativa de que se tratava de ofensa à norma de processo legislativo que não consta do texto constitucional e nem decorre dele, portanto não cabendo a este Tribunal Constitucional deliberar sobre tal tema. Assim discorreu o Ministro:

Em meu entender, não decorre do texto constitucional a exigência de pertinência temática entre o objeto da medida provisória e a emenda parlamentar apresentada no processo de conversão daquela espécie normativa em lei.

[...]

Portanto, de meu ponto de vista, não cabe a este Supremo Tribunal avaliar se determinado ato normativo, resultante de emenda a projeto de conversão de medida provisória, veicula matéria correlata ou não ao tema do ato normativo originário. Essa questão diz respeito a assunto interno do Poder Legislativo, não devendo ser sindicada pelo Poder Judiciário. (BRASIL, 2017).

Observa-se que o Ministro não se adentrou ao mérito da matéria em questão, apesar de brevemente em seu voto antecipado se demonstrar preocupado com as possíveis repercussões do acolhimento da tese. E, como o Ministro não esteve presente no julgamento da ADI 5012, não se sabe ao certo qual o seu posicionamento no tocante ao contrabando parlamentar em si, podendo este se posicionar tanto pela manutenção da jurisprudência firmada como pela inconstitucionalidade dos atos.

Ademais, também deve ser observado que a ADI 5012 foi julgada no dia 16 de março de 2017, exatamente seis dias antes da posse do Ministro Alexandre de Moraes no Supremo Tribunal Federal. Deste modo, com o falecimento do Ministro Teori Zavaski e a consequente entrada do Ministro Alexandre de Moraes, houve a saída de um Ministro que havia votado pela improcedência do pedido quando do julgamento da ADI 5127, assim como houve a entrada de um Ministro do qual não se sabe ao certo o seu posicionamento acerca do tema, já que desde a sua posse não se

discutiu nem se votou algum caso semelhante, havendo, assim, a possibilidade de se posicionar tanto pela manutenção da jurisprudência firmada como pela inconstitucionalidade dos atos.

Com base no exposto, verifica-se a existência de dois cenários possíveis de atuação por parte do STF: um pela improcedência das ADI's e arquivamento dos autos e outro pela procedência das ADI's e consequente declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011. Porém, crê-se ser de extrema importância a análise de quais seriam os efeitos jurídicos de cada decisão possível por parte da Corte Máxima, visando a análise da real eficácia da decisão jurisdicional proferida no caso em questão.

7.1. Consequências jurídicas de cada posicionamento possível da Corte

Diante da existência de dois caminhos possíveis a serem traçados pelo STF quando do julgamento da demanda, se faz de imensa importância analisar quais os efeitos que cada decisão possível irá acarretar no ordenamento jurídico.

Caso opte pela a manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, optando, assim, pela improcedência da demanda, tal decisão não traria consigo grande impacto no mundo jurídico, somente ratificando a constitucionalidade do modelo licitatório inovador, mantendo ser plenamente legal e cabível a sua aplicação em compras públicas.

Tal posicionamento teria como embasamento a segurança jurídica em relação aos diversos contratos prestados por meio do RDC, assim como a manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal nos julgamentos anteriores.

Porém, caso a Corte Máxima opte por rever seu posicionamento e, por conseguinte, declarar a inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações, tal ato poderia causar consequências desastrosas para a Administração Pública.

Explico. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade proferida por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade opera efeitos retroativos à data de sua criação (*ex-tunc*), ou seja, a

declaração de inconstitucionalidade retroagiria para declarar tais atos nulos desde a sua criação. Nesse sentido o Ministro Barroso ensina (2012, p.139):

A constitucionalidade das leis situa-se no plano de validade dos atos jurídicos, de modo que uma lei declarada inconstitucional será considerada lei nula, decorrendo disto duas observações a serem feitas. Uma diz respeito ao fato de a declaração de inconstitucionalidade apenas reconhecer uma situação preexistente, dando-lhe certeza jurídica, enquanto a outra reside na ideia de que uma decisão de inconstitucionalidade, por ter natureza declaratória, terá efeitos ex tunc, ou seja, retroativos à data da sua criação

Dito isso, devemos verificar que, desde o início da vigência da Lei nº 12.462, em 2011, até o presente momento, foram realizadas 2.401 licitações públicas por meio do Regime Diferenciado de Contratações, segundo dados do Portal de Compras do Governo Federal - Comprasnet, as quais fizeram circular no mercado bilhões de reais em investimentos, em especial as relacionadas à Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016.

Antes o exposto, já está claro o desastre evidente que poderia causar uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos no caso em questão, em virtude de se tratar de contratações de grande vulto e com imenso clamor social envolvidos, como por exemplo as obras de expansão do Sistema Único de Saúde (SUS).

Diante disso, caso o STF venha a se posicionar de forma a acolher as ADI's 4645 e 4655 e, assim, declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011, é de grande probabilidade que os Ministros optem por realizar uma modulação de efeitos à decisão. Tal prerrogativa é comentada por Reis (2015):

Embora, o efeito da declaração de inconstitucionalidade seja ex tunc (retroativo), há de se aventar a possibilidade modulação de tais efeitos. Por modulação dos efeitos deve-se entender a possibilidade, conferida pelo art. 27 da Lei nº 9868/99, de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que esta só venha a ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de momento que venha a ser fixado, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social

Assim, pode-se afirmar ser cabível aplicar uma modulação de efeitos da decisão de modo que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade somente se operasse a partir do trânsito em

julgado da decisão, com fulcro no artigo 27 da Lei nº 9.869 de 1999, o que resultaria na não afetação de inúmeros contratos realizados por meio do Regime Diferenciado de Contratações, garantindo, assim, o respeito à segurança jurídica tão buscada nas decisões da Corte Suprema.

Porém, assim como se crê ser de grande importância a análise dos efeitos da decisão da Corte Máxima nos contratos já realizados por meio do RDC, também assim o é em relação aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam ampliar o rol de casos possíveis de aplicar o RDC.

7.2. *Novos projetos de lei*

Atualmente são diversos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a fim de expandir o rol de casos possíveis de aplicação do RDC. Primeiramente cita-se o projeto de lei nº 3.332 de 2015, o qual assim dispõe:

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar acrescido do inciso VIII seguinte: “VIII - das obras e serviços de engenharia contratados pela Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás para realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição Federal.” (BRASIL, 2015)

Também será citado o projeto de Lei nº 6.301 de 2016, o qual dispõe nos seguintes termos:

Art. 2º O inciso V e o § 3º do art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.1º V - das obras, serviços de engenharia e aquisição de equipamentos hospitalares no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras, serviços de engenharia e aquisição de equipamentos de suporte à atividade educacional no âmbito dos sistemas públicos de ensino.” (BRASIL, 2016)

Por fim, cita-se também o projeto de Lei nº 11.157 de 2018, o qual propõe:

Art. 3º O art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XI: “Art. 1º

XI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de bibliotecas públicas. (BRASIL, 2018).

Conforme se pode observar, atualmente há a presença de interesse do legislador não somente na manutenção do RDC, mas também em sua expansão, visando possibilitar a sua aplicação para contratações com finalidades diversas das autorizadas atualmente na lei em questão.

Assim, verifica-se que o legislador detém certo apreço pelo RDC, o que se pode verificar pelas alterações já realizadas na lei aumentando o seu rol de aplicações possíveis, assim como nos projetos de lei tramitando no Poder Legislativo que detém como objeto acrescentar ainda mais objetos no rol supracitado, possibilitando alargamento do poder de contratação de bens e serviços pela Administração Pública por meio da possibilidade de utilização para tanto do RDC.

Com base no discorrido, será possível delinear o possível caminho de atuação por parte da Corte Máxima, levando em consideração os efeitos jurídicos de cada decisão e considerando as variáveis apresentadas pela vontade do legislador ordinário atualmente.

8. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, é possível crer ser mais plausível acreditar no primeiro cenário, ou seja, pela manutenção da constitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011. Tal posicionamento tem como premissas consideráveis a manutenção da jurisprudência firmada, o respeito ao princípio da Segurança Jurídica e o fato de que o Regime Diferenciado de Contratações foi o meio utilizado para a realização de diversas contratações públicas, as quais resultaram na adjudicação de diversos contratos administrativos e na execução de inúmeras obras e serviços públicos relevantes, sendo no mínimo temerária a proporção que uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos poderia tomar nesses casos.

Porém, diante de todas as razões alegadas no capítulo anterior, acrescida da possibilidade de se declarar uma possível inconstitucionalidade com modulação de efeitos, de forma a ser atribuída à decisão efeitos não retroativos, não se pode descartar uma reviravolta de posições quando do julgamento das ADI's 4655 e 4645.

Pode-se questionar se não seria juridicamente mais correto a Corte seguir a Jurisprudência firmada anteriormente. Porém, em relação a esse ponto, o STF guarda certa peculiaridade. O dito popular de que “o todo é maior que a soma das partes” pode não ser sempre o mais aplicável nas decisões da Corte. No tema, assim descreve o Professor Conrado Hübner Mendes (2018):

Um bom observador do Supremo Tribunal Federal também aprende que o Supremo Tribunal Federal não existe. Pelo menos na maior parte do tempo. Tornou-se um tribunal de 11 bocas e 11 canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões (ou não decisões) que geram efeitos irreversíveis. A crônica constitucional brasileira vem captando essa lição à medida que a cacofonia do STF fica mais escancarada, e seus custos sociais, mais palpáveis.

Com o uso de tais palavras o Professor visa expressar a enorme diversidade de posicionamentos dentro do mesmo colegiado, onde cada Ministro exterioriza seu voto de acordo com o seu livre e ilimitado convencimento, não se atendo a eventual jurisprudência já firmada anteriormente pela Corte. Também afirma o Professor Conrado (2016):

[..] as “onze ilhas” continuam fortes como nunca. Mas é preciso dar maiores contornos a essa metáfora. O STF se manifesta como “onze ilhas” pelo menos de duas maneiras. Em primeiro lugar, quando suas decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles. São decisões fragmentadas, com argumentos diversos, que dificultam a identificação de um fundamento comum. Uma colcha de retalhos. [..]

Assim, essa certa arbitrariedade de atuação dos Ministros quando do proferimento de seus votos é o que leva o Supremo Tribunal Federal a ser definido como “onze ilhas”, nas quais os onze Ministros apresentam votos desarmonizados uns com os outros, nos quais não se mantém determinado sequenciamento lógico entre os votos proferidos, inclusive em relação a jurisprudências anteriormente firmadas.

Um caso emblemático para enfatizar o acima exposto é o recente julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752, no qual o paciente era o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Por diversos anos a Corte Máxima detinha o entendimento que a pena do condenado somente deveria iniciar seu cumprimento após o trânsito em julgado da sentença. Porém, em 2016, por meio do HC 126292, a Corte alterou tal posicionamento por voto da maioria mínima: seis ministros aceitaram a execução antecipada da pena, dentre eles o Ministro Gilmar Mendes; e cinco ministros votaram contra, dentre os quais a Ministra Rosa Weber.

Ocorre que, dois anos depois, quando do julgado do HC impetrado pela defesa do ex-presidente, ocorreu inusitada inversão de votos, apesar de o HC ter sido negado pelos iguais seis votos a cinco. Ocorre que a Ministra Rosa Weber inverteu seu voto, invocando o princípio da colegialidade, em respeito à decisão do colegiado proferida anteriormente, porém, ao passo contrário, o Ministro Gilmar Mendes também inverteu seu voto, votando a favor do *Habeas Corpus* e contra a execução imediata da pena, invocando certa alteração em seu livre convencimento.

Tal emblemático caso é um exemplo de típica atuação do STF, no qual o posicionamento anterior dado em nada vincula nova manifestação, podendo haver inversões de polos de forma livre entre os Ministros da Corte. Isso se justifica pelo fato de serem necessárias onze decisões individuais para comporem o acórdão a ser proferido.

Porém, mesmo diante de todos as incongruências na Corte Máxima causadas por desavenças de posicionamentos e convicções entre os Magistrados, conclui-se no sentido de que o STF se manifestará pela manutenção da jurisprudência firmada na Corte, assim, mantendo a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações nos moldes da Lei nº 12.462 de 2011 e julgando improcedentes as ADI's 4645 e 4655, apesar de se crer que tal posicionamento causa uma flexibilização indevida da Carta Magna, o que vai de encontro ao esperado de uma Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Rita de Cássia Brito. **A inconstitucionalidade do regime diferenciado de contratações**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 set. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591244&seo=1>. Acesso em: 17 mar. 2019.
- BALERA, Felipe Penteadó. Medida Provisória: O Controle Dos Requisitos Constitucionais de Relevância e Urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 14, jul. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 mai. 2018.
- BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial nº 31 de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-31-MP-MD-MF-MJ-CCIVIL-PR-Mpv527.htm. Acesso em: 17 março. 2019.
- BRASIL. **Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 04 mai. 2018.
- BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 04 mai. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória 527, de 18 de março de 2011**. Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Portal de Compras do Governo Federal**. Consultar Licitações. Realizadas. Disponível em: <http://comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/Livre/RDC/rdcEletronico.asp?aba=tabRealizadas>. Acesso em: 17 março. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4.645**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4.655**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5.012**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4435144>. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5.127**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4580410>. Acesso em: 16 abr 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

CELESTINO, Fernanda. 2012. Regime diferenciado de contratações: Breves comentários à exceção que virou tendência. **Revista Controle Doutrina e Artigos**, Ceará, v. 10, n. 2, p. 170-201, 2012.

CRUZ, Vital Macário da. **Elementos diferenciais do regime diferenciado de contratações em face do regime vigente**. 2017. 68 f. Dissertação de Mestrado em programa de pós-graduação em Economia da Universidade de Brasília. Brasília. 2017.

INACIO, Alberto; **“O que é Contrabando Legislativo?”**. Disponível em: <https://ajj.jusbrasil.com.br/artigos/606848486/o-que-e-contrabando-legislativo>. Acesso em 14 de março de 2019.

MELLO, G.R.; LOLI, D.A.; ROJO, C.A.; **Regime diferenciado de contratações e concorrência pública: Um estudo sob a ótica da economicidade**. In: III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2014, Francisco Beltrão, Paraná, 2014. Disponível em: [http://cac-
php.unioeste.br/eventos/conape/anais/iii_conape/Arquivos/Artigos/Artigoscompletos/ADMINIS
TRACAO/34.pdf](http://cac-
php.unioeste.br/eventos/conape/anais/iii_conape/Arquivos/Artigos/Artigoscompletos/ADMINIS
TRACAO/34.pdf). Acesso em 20 abril 2018.

MENDES, Conrado Hubner; **“O STF é refém do capricho dos seus ministros”**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

REIS, João Márcio Rego; **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato de constitucionalidade e a importante delimitação do efeito vinculante**. Disponível em:

https://jus.com.br/artigos/35946/efeitos-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade-e-a-importante-delimitacao-do-efeito-vinculante#_ftn1. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

SANTANA, Rodrigo Dalvi. 2014. **O regime diferenciado de contratações públicas e aspectos relacionados ao sigilo do orçamento**. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do UNICEUB. Brasília. 2014.

SILVA, Eudes; ROCHA, Renan. **Compras governamentais: Uma análise das causas da morosidade dos processos de compras no âmbito da UNB**. 2006. Monografia para obtenção do grau de Especialista em Desenvolvimento Gerencial. Universidade de Brasília. Brasília. 2006.

VASCO, Elício Pedro. **Estudo comparativo entre a aplicação do novo regime diferenciado de contratações (RDC) e a lei de licitações no âmbito da universidade federal de São Carlos – USFCAR**. 2016. Dissertação de Pós Graduação em Gestão de Organizações e Sistemas Públicos da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos. São Paulo. 2016.