



**O REGIME DIFERENCIADO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**DIFFERENTIAL SCHEME OF CONTRACTING PUBLIC UNDER THE  
FEDERAL CONSTITUTION OF 1988**

**Andréia Nádia Lima de Sousa Pessoa\***

Mestre em Direito Internacional e Econômico/Universidade Católica de Brasília  
E-mail: [andreianadia@bol.com.br](mailto:andreianadia@bol.com.br)  
Teresina, Piauí, Brasil

---

\*Endereço: Andréia Nádia Lima de Sousa Pessoa  
Rua Farmacêutico João Carvalho, 5421, Santa Isabel, Teresina/Piauí, 64.055-210

**Editora: Dra. Marlene Araújo de Carvalho**

**Artigo recebido em 10/11/2012. Última versão recebida em 08/12/2012. Aprovado em 09/12/2012.**

**Avaliado pelo sistema Triple Review: a) Desk Review pela Editora-Chefe; e b) Double Blind Review (avaliação cega por dois avaliadores da área).**

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar um paralelo entre o Estatuto Geral das Licitações Públicas e o Regime Diferenciado das Contratações Públicas (RDC) à luz da Constituição Federal vigente. Assim, como regra, toda vez que a Administração for contratar bens ou serviços deve realizar procedimento licitatório visando à escolha da proposta mais vantajosa, entre os licitantes que atendam às exigências editalícias, assegurado aos interessados a igualdade de condições. Dessa forma, o artigo dará ênfase às contratações a serem realizadas com fulcro no RDC, retratando seus temas polêmicos nas ações que tramitam no STF.

**Palavras-chaves:** administração pública; licitação; Constituição Federal; regime diferenciado.

## ABSTRACT

The present work lies on an approach through a parallel between the General Statute of Public Selection and the Differentiated Regime of Public Contracts concerning the current Federal Constitution. Thus, as a rule, every time the Public Administration has to contract provision services or shops, a bidding proceeding must be done in order to choose the most advantageous offer, amongst the competitors which meet the demanded rules, under the insurance of equal conditions, and so, the study will give emphasis to those contracts to be made through the Differentiated Regime of Public Contracts, portraying the polemic issues questioned over trials to be judged by the Federal Supreme Court.

**Keywords:** public administration; bidding; Federal Constitution; differentiated regime.

## EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A Administração Pública brasileira, com fundamento na Carta Magna e na legislação vigente, ao adquirir bens e contratar serviços deverá realizar procedimento licitatório, salvo os casos excepcionados pela própria legislação, visando selecionar a proposta mais vantajosa entre os interessados, em observância ao princípio da isonomia.

A Constituição Federal disciplina a obrigatoriedade de licitar (regra geral), como condição prévia a todas as contratações públicas

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

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

Destarte, toda pessoa jurídica integrante da administração pública deve, como regra, obedecer à determinação prevista na Constituição Federal, e realizar procedimento licitatório, fundamentado nas legislações vigentes, Lei 8.666/93 que regula as modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) e Lei 10.520/02 que regula o pregão.

Ademais, compete à União legislar de forma privativa sobre as regras gerais de licitação, conforme preceitua o Art. 22, XXVII da CF/88, que diz

Art. 22- Compete privativamente à União legislar sobre:

...

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

Fundamentada no dispositivo legal citado, a União elaborou a Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93 e a Lei que regulamenta o pregão - 10.520/2002 e suas respectivas alterações, legislando sobre normas gerais, sem extrair dos

demais entes federativos a prerrogativa de legislar sobre normas específicas, conforme se observa, por exemplo, no Estado do Piauí que tem legislação própria sobre as licitações (Decretos Estaduais: 11.346, de 30 de março de 2004 (institui o Pregão) e 11.319, de 13 de fevereiro de 2004 (institui o Sistema de Registro de Preços)). Corroborando o entendimento de Justen Filho

É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. (2005, p. 13)

Assim, todos os entes federativos detêm competência para dispor sobre normas específicas, em decorrência da ausência de competência privativa e exclusiva da União para legislar sobre licitações e contratos administrativos. Não se deve duvidar ainda que a licitação é um procedimento administrativo e tem tramitação legal específica, com fases, prazos e recursos que lhe é própria, cujas regras devem ser obedecidas pelo ente licitador e pessoas interessadas em participar do certame, com vistas a resguardar o interesse público e a isonomia entre os possíveis licitantes. Assim, Dirley Júnior (2010, p. 509) preleciona que

A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público.

Esclarece-se, então, que a administração pública realiza um procedimento com vistas a atingir a finalidade pública, sempre pautada no interesse da coletividade. No entanto, esse procedimento deve seguir uma tramitação legal, com vistas a assegurar a igualdade material entre os possíveis interessados.

Corroborando então o citado autor

Destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, na medida em que visa assegurar a participação de todos os interessados em contratar com a Administração Pública, e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e o interesse coletivo. (DIRLEY JUNIOR, 2010, p. 509).

Destaca-se que o princípio mencionado pelo autor, com bastante propriedade, é o da igualdade, que pode ser, segundo a doutrina, a formal e a material. A primeira visa ao tratamento isonômico perante a lei, o que significa dizer que todos são iguais, não se admitindo, sob nenhuma circunstância, tratamento diferenciado, como por exemplo, caput do Art. Carta Federal<sup>2</sup> da Carta Federal vigente.

De igual modo, tem-se a segunda espécie de isonomia que assegura o tratamento diferenciado entre as partes, com finalidade de alcançar uma igualdade não homogênea, o que denota tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais a fim de alcançar uma igualdade. Cita-se então, o exemplo do Art. 201, parágrafo 7, inciso I, da CF/88<sup>1</sup> que assegura aposentadoria diferenciada em razão do sexo, para ilustrar tratamento diferenciado amparado na Carta Magna.

Para Novelino (2011, p. 435), a referida distinção pode ser justificada pelo seguinte

A igualdade não deve ser confundida com homogeneidade. A expressão “sem distinção de qualquer natureza” não impede a lei de estabelecer distinções, pois “o papel da lei não é outro senão o de implantar diferenciações”.

...

Para ser compatível com o princípio da isonomia, o elemento discriminador, cuja adoção exige uma justificativa racional, deve ter por finalidade promover um fim constitucionalmente consagrado. O critério utilizado na diferenciação deve ser objetivo, razoável e proporcional.

Os tribunais pátrios também são pacíficos em relação à matéria, *vide*

... 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (ADI 3070/RN, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgamento:29.11.2007, DJ: 19.12.2007).

<sup>1</sup> Art. 5 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

<sup>3</sup> Art. 201 ...

&7 – E assegurado aposentadoria no regime geral da previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher;

Desta forma, não restam dúvidas de que é lícito ao administrador fazer distinções no momento da elaboração de seu edital, desde que exista uma justificativa racional que assegure esse tratamento discriminatório, sempre voltado a alcançar a finalidade pública e o bem estar social. Conclui-se, portanto, que isonomia referenciada na lei de licitações corresponde à igualdade material que visa assegurar tratamento isonômico entre os interessados que preenchem as exigências da peça vestibular, *vide* a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (LCC) – Lei 8.666/93

Art. 3 – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Destacam-se, além do princípio da isonomia que rege a licitação, outros de natureza constitucional e legal, como os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; além de outros específicos, como vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, procedimento formal, competitividade e outros.

## ASPECTOS GERAIS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Conforme mencionado no item anterior, hodiernamente, a legislação pátria prevê seis hipóteses de modalidades de licitação, nas quais, cinco estão previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos que são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão; e uma sexta modalidade que tem amparo na Lei n. 10.520/2002 que é o pregão, cuja suas subespécies são o presencial e o eletrônico.

Por oportuno, destaca-se, que o art. 37, XXI da CF/88 assegura as hipóteses de contratação direta, que são estudadas na LLC nos tipos dispensa e inexigibilidade de licitação, com previsão legal nos art. 17<sup>2</sup>, 24<sup>3</sup> e 25<sup>4</sup>. A distinção entre as espécies de contratação direta está na possibilidade de competição. Enquanto na dispensa de licitação existe a possibilidade

---

<sup>2</sup>Art.17- A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

<sup>3</sup>Art. 24- É dispensável a licitação:

<sup>4</sup> É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

legal de se licitar, mas a critério do administrador essa pode ser dispensada, na inexigibilidade, não existe qualquer possibilidade legal da realização da licitação, *vide*:

...Com o advento da Lei 8.666/93, as hipóteses ficaram mais restritas, resumindo-se em dispensa e inexigibilidade, consoante a presença dos pressupostos e requisitos legais. Quando a disputa for inviável, o certame será inexigível. De outro lado, a dispensa pressupõe uma licitação “exigível” que só não ocorrerá por vontade do legislador. Em termos práticos, o administrador deverá verificar primeiramente se a licitação é exigível ou inexigível, conforme a possibilidade ou não de competição. Sendo assim, afastada a inexigibilidade, passará a verificar a presença dos pressupostos de dispensa de licitação. (MARINELA, 2012, p. 358).

Observa-se que somente em situações excepcionalíssimas previstas na LLC é que pode ocorrer contratação direta. Nas demais hipóteses, aplica-se a regra que é licitar por determinação legal.

Todas as modalidades de licitação apresentam alguns pontos em comum, mesmo apresentando procedimentos específicos, a saber: deflagração do procedimento, autuação, indicação do objeto a ser licitado, autorização da autoridade competente, indicação do recurso que irá suportar a despesa, possibilidade de interposição da impugnação e recurso, prazo para abertura do certame, conforme determina a LLC, no caput do seu Art. 38<sup>5</sup>.

No entanto as modalidades divergem em relação ao rito, vez que, nas convencionais, procede-se, inicialmente, à abertura dos envelopes de habilitação e, posteriormente, os invólucros de preços somente das empresas habilitadas, conforme preceitua o Art. 43<sup>6</sup> do Estatuto Geral das Licitações. Já na modalidade pregão, são abertos inicialmente os preços e passa-se a negociá-los, até obter o preço de referência, que é elaborado de acordo com o preço praticado no mercado, e exclusivamente depois, é que se procede à abertura da documentação de habilitação da empresa de menor preço, como determina o Art. 4, inciso VII<sup>7</sup> da Lei 10.520/2002, modelo que foi adotado pelo Regime Diferenciado das Licitações.

---

<sup>5</sup>Art.38, O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

<sup>6</sup> Art. 43 – A licitação será processada e julgada com a observância dos seguintes procedimentos:

I-abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

<sup>7</sup> Art. 4...

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

A inversão nas fases visa dar celeridade aos procedimentos, com a redução de tempo e gastos para a administração pública, que tem em menor intervalo de tempo a licitação finalizada e, conseqüentemente, o objeto contratado, vez que, alguns pontos podem ser destacados: enquanto na modalidade convencional existe a possibilidade da interposição de dois recursos, da abertura dos envelopes de todas as empresas habilitadas; na modalidade pregão (e também do RDC que copiou o modelo) existe a interposição apenas de um recurso no final do certame, com abertura do envelope habilitatório apenas do licitante de menor preço, entre outras distinções. Por esses pontos destacados, observa-se relevância da modalidade pregão para administração pública.

## REGIMES DIFERENCIADOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O procedimento licitatório que visa, exclusivamente, a contratações para a Copa do Mundo, Jogos Olímpicos e Paralímpicos, Copa das Confederações e obras dos aeroportos, encontra-se regulamentado através da Lei 12.462 de 05 de agosto de 2011, que teve origem a partir da Medida Provisória nº 527/2011. A referida lei visa assegurar celeridade ao processo licitatório por meio de normas específicas, mais simplificadas cujo objetivo maior é o cumprimento de metas público-privadas.

Trata-se do Regime Diferenciado das Contratações Públicas – RDC, com objeto definido na própria lei, conforme preceitua o Art. 1º, *vide*

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.

Percebe-se logo, a distinção do Estatuto Próprio das Licitações (Lei 8.666/93) com a lei que instituiu o Regime Diferenciado das Contratações Públicas – RDC, pois aquele se reporta a todas as futuras contratações a serem realizadas pela Administração Pública, *vide*:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, quando existir interesse da Administração Pública em contratar bens e serviços, deve esta realizar procedimento licitatório visando à contratação da proposta mais vantajosa, resguardando aos possíveis interessados a possibilidade de concorrerem em igualdade de condições, conforme os princípios da isonomia e impessoalidade. Destarte, não restam dúvidas de que o regramento prevê a licitação como norma a ser cumprida pela Administração Pública, inclusive corroborada, por legislações posteriores, como a Lei 12.462/2011, que, mesmo diante de situações excepcionalíssimas, obriga a contratação por esse meio.

O procedimento adotado pela lei do Regime Diferenciado das Contratações Públicas (RDC), assemelha-se ao modelo adotado na modalidade pregão, pois faz previsão legal da inversão de fases, primeiro com a abertura dos envelopes da proposta de preços de todos os licitantes interessados e depois, somente do licitante de menor preço, é que se procede a verificação dos documentos de habilitação, *vide*

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

Art. 14. ...

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor,.

Destaca-se ainda a unicidade de recursos, cuja impetração fica condicionada ao término do procedimento. Significa dizer que, após a habilitação do vencedor, o licitante interessado em interpor recurso deve manifestar imediato interesse em fazê-lo, devendo apresentar as razões no prazo de cinco dias úteis. Igual prazo é concedido para quem tiver interesse de contrarrazoar, *vide*

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

Assim, os aspectos supramencionados visam assegurar ao certame sua celeridade, para que o objeto das futuras contratações pela Administração Pública seja executado tempestivamente. No entanto, a referida lei vem recebendo críticas em relação a alguns aspectos abordados, por exemplo, o sigilo do orçamento até o fim da licitação, conforme prevê o art. 6º, violando claramente o princípio constitucional da publicidade, *vide*

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.

Referido regramento legal, afronta o princípio constitucional da publicidade e ainda compromete o patrimônio público, eis que, o orçamento destinado para contratação por ser sigiloso até a conclusão do certame, pode ser modificado para atender a interesses pessoais e inescrupulosos de quem preside o procedimento ou até mesmo dos agentes, autoridades públicas e gestores. É recorrente, a mídia nacional veicular escândalos relacionados a contratações em que agentes públicos encontram-se envolvidos, com desvio de milhões dos cofres públicos quando da realização de certames, por exemplo, pode-se citar o caso do mensalão (Revista Veja de 05 de setembro de 2012 (edição 2285-ano 45-n. 36) e 12 de setembro de 2012 (edição 2286-ano 45-n. 37)).

Por conta deste e de outros temas polêmicos na lei, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal. Uma de autoria do Procurador- Geral da República, a ADI nº 4.655, e a outra ADI nº 4.645 de autoria dos partidos políticos PSDB, DEM e PPS. Ambas apontam vícios de matéria e procedimento formal sobre a constitucionalidade da Lei 12.462/2011.

Impende destacar que a MP nº 527/2011, que originou a Lei 12.462/2011, tratava de outra matéria, quando o Relator Deputado do PT/CE - José Guimarães, apresentou proposta para inclusão do RDC na nova legislação, violando claramente dispositivo constitucional que exige pertinência temática do novo diploma legal com o texto anterior previsto na revogada Medida. Observe texto revogado da Medida Provisória que prevê *verbis* no seu preâmbulo

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 da Aviação Civil – ANAC, e da Empresa Brasileira da 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.

Dessa forma, nota-se a incoerência entre os dois diplomas legais, motivo da impetração das referidas ações no Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade formal e material das leis. Sobre o tema, dispõe Pedro Lenza (2012, p. 545)

...O vício formal, como já apontamos, diz respeito ao processo de formação da lei (processo legislativo), cuja mácula pode estar tanto na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) como nas demais fases do processo de formação da lei (vício formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao quorum de votação). Já o vício material refere-se ao conteúdo da espécie normativa, a matéria por ela tratada.

Fica claro que não existiu pertinência temática entre a revogada Medida Provisória e a nova Lei, usurpando os legisladores o devido processo legislativo previsto na Constituição Federal. Assim, a usurpação de competência do Congresso Nacional está na modificação sem pertinência do texto originário. A CF/88 permite que sejam tomadas as seguintes providências: aprovação sem alteração, aprovação com alteração, rejeição tácita e rejeição expressa, conforme Art. 62, desde que exista liame entre as matérias.

Assim, o vício formal encontra-se em incluir matéria estranha ao texto original. Alexandre de Moraes defende o mesmo entendimento com base na Resolução n 1/2002, do Congresso Nacional

Exige-se, para apresentação de emenda parlamentar, a observância de pertinência temática, ou seja, são vedadas emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar. (2010, p. 683)

Para Roberto Gurgel, Procurador Geral da República, e autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4655, existe inconstitucionalidade de vício formal a lei do RDC, vez que não existiu discussão e votação pelo Congresso Nacional da matéria inicialmente constante da MP nº 527/2011, mas inclusão de novos temas

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

## O Procurador ainda complementa

Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de poderes. Fosse permitido ao legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via. Não é por outra razão que a Resolução n. 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. 4, &1, ser “*vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória.*”

Dessa forma, além da inclusão de matéria estranha ao objeto da Medida Provisória, ainda existe a violação da Separação dos Poderes<sup>8</sup> (art. 2, CF/88) A Constituição da República preceitua que a competência para editar referida espécie normativa é do Chefe do Executivo, portanto, do Presidente da República

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.

Entre outros temas que ainda são objetos de discussão na lei, cita-se a ausência de definição do objeto sujeito ao regime, ou seja, a lei que regulamenta o RDC não especifica quais obras, bens e serviços devem ser contratados sob referido regime, comportando a decisão exclusivamente ao Executivo, como ato discricionário.

Cumprir mencionar que o cenário nacional brasileiro é marcado por fraudes, esquemas de corrupção e fraudes nos procedimentos licitatórios, conforme notícias veiculadas nos diversos meios de comunicação, mesmo com todas as exigências legais e constitucionais que visam assegurar a melhor proposta para a Administração Pública. O que se dizer se tais parâmetros forem afastados do certame pela própria lei, como contratação integrada, indicação de marcas e modelos, remuneração variável, sigilo do custo da obras, dentre outros? Estar-se-ia legalizando o ilegal.

Quanto aos vícios materiais, pode-se citar que a atual legislação do RDC permite que a obra seja executada por uma só pessoa, ou seja, licitação única para projeto básico, projeto executivo e execução das obras e serviços, violando claramente o princípio da isonomia por

---

<sup>8</sup> Art. 2- São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

expressa restrição da competitividade. E ainda, como afronta aos princípios constitucionais, a remuneração variável cujo pagamento a ser realizado pela Administração fica condicionado ao seu desempenho no contrato, incluindo-se aí, a sustentabilidade ambiental, e o cumprimento integral do edital e contrato administrativo.

Percebe-se, claramente, uma afronta da Lei 12.462/2011 à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico vigente, subordinada a sua constitucionalidade ao julgamento do STF. Enquanto aguarda exame, a legislação está vigente e produzindo todos os seus efeitos legais, cujos gestores e agentes públicos, com base nessa lei, estão realizando procedimentos licitatórios de acordo com disposição legal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo do objeto deste artigo, ratificou-se a importância do tema licitações públicas e da relevância das normas jurídicas para as futuras contratações a serem realizadas pela Administração Pública. Grande parte dos problemas, fraudes, desvio de dinheiro, malversação do dinheiro público apontado pelos tribunais, órgãos de controle tem como “pano de fundo” as licitações.

É com base nos dispositivos legais previstos no Estatuto Geral das Licitações que os órgãos e agentes públicos fundamentam suas decisões, realizam aditivos em seus contratos, super faturamento dos preços, indicam marcas, dentre outras medidas. Significa dizer que a lei autoriza a irregularidade nas licitações com suas nuances e exceções.

Em relação à legislação da Copa do Mundo, a legislação ainda é mais frágil, vez que apresenta vícios de forma e conteúdo. Quanto aos vícios formais, pode-se citar violação à separação dos poderes: o objeto da lei do RDC foi apresentado, discutido e votado pelos legisladores no Congresso Nacional, quando a competência exclusiva para elaboração e apresentação do objeto a ser discutido na referida casa é do chefe do executivo.

Menciona-se ainda, na lei do RDC, como desrespeito às normas e às regras jurídicas, a inclusão de nova matéria, sem que ela tenha sido objeto da Medida Provisória, contrariando os dispositivos legais que exigem para conversão da MP, à pertinência temática entre as espécies normativas, sob pena de violação ao devido processo legislativo, ou seja, o tema da MP difere do objeto da Lei 12.462/2011. A lei ainda apresenta vícios materiais, como não

identificar as contratações que devem ser objeto do RDC, adotar a contratação integrada, facultar a não identificação prévia do objeto, entre outros.

Diante das inconstitucionalidades abordadas, a Lei 12.462/2011 é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador Geral da República e partidos políticos. Assim, o trabalho objetivou demonstrar as irregularidades previstas na lei que podem facilitar o desvio de dinheiro por parte de gestores inescrupulosos.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar as vantagens da lei do RDC, como a inversão das fases e a unicidade de recursos, semelhante à lei do pregão (10.520/2002) que assegura a celeridade do certame, vez que, somente se procede à abertura do envelope habilitação, da empresa que apresentar o menor e melhor preço para Administração Pública. E quanto à interposição de recurso, sua impetração fica condicionada ao final do certame, depois de declarada habilitada a empresa, como forma de resguardar o melhor interesse público.

Assim, como qualquer outra legislação, a lei do RDC apresenta aspectos positivos e negativos. Em relação aos temas apontados como falhas ou irregulares, estes prejudicam os cofres públicos, fragilizam as contratações públicas e facilitam as ações de agentes inescrupulosos. No entanto, não foram suficientes para que os Ministros do STF concedessem efeito suspensivo às ações impetradas referente à sua constitucionalidade. Para tanto, após acompanhamento no site do STF, não existe previsão para que referidas ações entrem em pauta para apreciação do mérito.

## REFERÊNCIAS

- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Juspodium, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2012.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. Revista, ampliada e atualizada com a EC nº62/2009. São Paulo: Atlas, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Método, 2011.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

Sites:

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) – Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Medida Cautelar.

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), notícia de 09 de setembro de 2011- Ação do MPF questiona no Supremo regime de contratações públicas para obras da Copa.

[www.zenite.blog](http://www.zenite.blog), texto Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) questionado no STF, autor: Érica Miranda dos Santos Requi, de 29 de agosto de 2011.

[www.portalconciliacao.com.br](http://www.portalconciliacao.com.br), notícia de 05/03/2012 – STF já pode decidir se a lei de licitações para a Copa é constitucional, texto de Luiz Orlando Carneiro, Jornal do Brasil.

[www.jus.com.br/revista/texto/21298/os](http://www.jus.com.br/revista/texto/21298/os) dispositivos inconstitucionais da lei n. 12.462 (regime diferenciado de contratações públicas) e a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.655, elaborada em 03/2012 por Jessé Leal Pereira.

Revista Veja: de 05 de setembro de 2012 (edição 2285-ano 45-n. 36) e 12 de setembro de 2012 (edição 2286-ano 45-n. 37).