

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E SUAS (IN) CONSTITUCIONALIDADES À LUZ DA ADI N. 4655

Vanessa Maria Amorim de Souza¹

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o instituto do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) sob a ótica das discussões acerca da sua constitucionalidade, buscando examinar cada aspecto levantado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4655, proposta pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel, que se encontra atualmente sob análise do Supremo Tribunal Federal. Além disso, aqui serão abordadas as inovações trazidas com o surgimento desse instituto, que implicaram diretamente na forma de contratar da administração pública, bem como será feita uma comparação com a lei n. 8.666/93, que regula o procedimento licitatório brasileiro. A partir da análise da fundamentação jurídica descrita na ADI n.4.655 e dos argumentos apresentados na manifestação do Advogado- Geral da União Fernando Faria, foi possível constatar a violação ao processo legislativo, logo, a existência da inconstitucionalidade formal, no entanto, não há de prosperar as alegações acerca dos vícios materiais. Em virtude disso, a melhor solução para o problema aqui apresentado seria uma reforma na atual lei de licitações públicas, trazendo os melhores aspectos previstos no Regime Diferenciado de Contratações.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidades; Contratações Públicas Regime Diferenciado de Contratações.

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Jorge Amado (UNIJORGE) – 10º Semestre. Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso, requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito, elaborado sob a orientação Professor Dr. Georges Humbert, aprovado com nota máxima (10,00) e indicação de publicação pela banca examinadora.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4655, ajuizada pelo Procurador-Geral da República Roberto Gurgel, que impugnou diversos dispositivos da Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, em virtude da proximidade de grandes eventos esportivos sediados pelo país.

São objetivos desse artigo a análise de cada ponto levantado pelo Procurador-Geral na referida ação do controle concentrado, o qual alega que o processo legislativo e o conteúdo da norma não são compatíveis com a Constituição Federal. Por outro lado, veremos também, a opinião do Advogado-Geral da União, Fernando Faria, acerca dos argumentos que foram utilizados para combater o que se sustenta no que tange a incompatibilidade da lei com ordenamento jurídico pátrio.

Importa frisar que este trabalho está organizado em três partes: na primeira parte do trabalho serão feitas algumas considerações gerais a respeito dessa nova modalidade de contratação pública, uma comparação com a lei 8.666/1993 (norma geral que institui o procedimento licitatório), analisando, ainda, a repercussão e discussões acerca do surgimento do RDC até a situação atual da ADI n. 4655, ainda pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Na segunda parte, opta-se por abordar e analisar cada aspecto criticado pelo Procurador-Geral em relação à lei n. 12.462/2011, bem como, os argumentos utilizados pelo Advogado-Geral da União na tentativa de refutar qualquer manifestação contrária à conformidade da lei com o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, a terceira parte, é composta pelas conclusões extraídas após a pesquisa e estudo da ADI ajuizada, ou seja, nesse tópico há o posicionamento no sentido de reconhecer ou não as inconstitucionalidades formal e material da lei em análise.

Ademais, a metodologia aqui utilizada foi o da pesquisa teórica, sendo compostas, basicamente, de análises baseadas em artigos científicos, doutrinas e, principalmente, na própria Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4655, sendo utilizada a sua petição inicial e a manifestação do Advogado-Geral da União.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Com a promulgação da Constituição Federal, tornou-se obrigatória a realização de licitações no âmbito da Administração Pública, conforme prevê o artigo 37, XXI, dispondo que as obras, serviços, compras e alienações, serão contratadas através de processo de licitação pública, assegurados princípios constitucionais, bem como princípios próprios do procedimento licitatório.

No art. 37, XXI da CRFB/88, pode-se extrair o Princípio da Obrigatoriedade da licitação para Administração Pública direta ou indireta, condicionando as suas contratações públicas a um procedimento licitatório que dispõe de uma lei própria, qual seja, a Lei n. 8.666/1993. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define licitação como:

[...] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostos dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.²

Com isso, pode-se concluir que o processo de licitações públicas visa garantir a aplicação do princípio da isonomia, bem como de optar pela escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público, de modo que atenda aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade e publicidade.

A lei de licitações públicas, atual norma geral sobre a forma de contratar da administração pública, vem demonstrando que seu procedimento de contratação se encontra cada vez mais falho, defasado, moroso e ineficiente, fazendo com que a proximidade de grandes eventos esportivos realizados no país tornasse necessário um novo procedimento que desempenhasse de forma mais eficiente, em um curto período de tempo e promovesse de forma eficaz as contratações públicas necessárias a atender as demandas de obras públicas essenciais a esses eventos.

Por isso, o Brasil após se tornar sede da Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, se comprometeu a realizar as melhorias essenciais para que os eventos ocorressem da melhor forma possível.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013; p. 370.

Ocorre que, em virtude do procedimento licitatório engessado e excessivamente burocrático que vigora na atual ordem jurídica, se fez necessária a criação de uma lei que contribuísse com um processo mais rápido e eficiente a fim de atender a grande demanda de obras e serviços que vieram a surgir. Nesse sentido foi instituída a Lei 12.462/2011 que regula o RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas, sendo esta uma “nova modalidade” de contratação pública que traz certa flexibilização para o processo de licitar, justamente para ser aplicado a contratos específicos como os necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações e Copa do Mundo FIFA 2014, e, ainda, de obras de infraestrutura para aeroportos das capitais dos estados da federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais, de acordo com o artigo 1º da lei 12.462/ 2011.

Com o surgimento dessa nova norma é possível identificar diversas diferenças com relação ao procedimento licitatório da lei 8.666/1993, senão vejamos. O RDC reduz os prazos de publicação do edital, garantindo, entretanto, tempo razoável para a elaboração de propostas, além de instituir uma fase recursal única após a análise dos documentos, diferentemente da lei de licitações que dispõe de prazos extensos que atrasam o processo de contratação.

Além disso, há de se observar também que a lei de licitações exige um projeto básico complexo (art. 6º, IX da lei 8.666/93), o que dificulta a fiscalização e controle, fazendo com que haja uma maior necessidade de assinatura de termo aditivo. Entretanto, a lei n. 12.462/2011 prevê a possibilidade da denominada contratação integrada, onde a empresa contratada é a responsável pela elaboração dos projetos de execução, serviços e entrega da obra, reduzindo assim, as falhas nos projetos, que se existentes serão de responsabilidade da própria contratada, que deverão corrigir tais erros sem que haja a necessidade de celebração de termos aditivos.

Ainda no sentido de se analisar as diferenças das leis aqui em comento, destaca-se a burocracia excessiva da lei 8.666/1993 ao analisar os documentos de todos os licitantes habilitados do processo licitatório, ao contrário do que ocorre no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que primeiro se analisa as propostas, para analisar a *posteriori* a documentação apenas daquele que saiu vencedor do certame.

Ademais, cumpre destacar que o RDC não está mais restrito a contratação no que tange aos eventos esportivos supramencionados, tendo sido posteriormente alterado e estendido à realização de diversas obras e serviços públicos, dentre os quais podemos destacar: as obras e serviços no âmbito do SUS (acrescido pela lei 12.745/2012); ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (alterado pela lei n. 12.688/2012); obras e serviços para construção ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e ações no âmbito da Segurança Pública, ambas implementadas pela Lei n. 13.190/2015 e ainda, a mais recente alteração diz respeito às ações em órgãos e entidades dedicadas à ciência, à tecnologia e à inovação, consoante disposto na lei n. 13.243/2016.

Cabe ressaltar que esse novo regime de contratações públicas, de início foi criado para temporariamente vigorar enquanto fosse necessária a realização e entrega daquelas obras e/ou serviços essenciais a realização dos eventos esportivos sediados no país. Por isso, a nova lei de contratações públicas seria posteriormente extinta assim que cumprisse o objetivo para o qual foi criada, mas não foi o que ocorreu. Ao contrário disso, o RDC passou a atender outras demandas de caráter público e vem se tornando cada vez mais utilizado na execução de obras e serviços. Nessa esteira, é o que escreve Bruna Lacerda Cardoso e Giovani Corralo: “todavia, em virtude dessas alterações na incidência, verifica-se que, cada vez mais, o regime criado em caráter de exceção está se tornando regra, em razão da preferência dada pelos gestores³”.

A criação dessa Lei objetiva trazer maior eficiência nas contratações públicas, buscando inovar e simplificar todo o procedimento licitatório de modo a tornar a realização dos serviços e obras públicas, principalmente mais céleres e econômicas; por essa razão, muito se especulou acerca da sua substituição em face da atual lei de licitações públicas.

Nesse sentido, Guilherme Jardim Jurksaitis pontua que o regime diferenciado de contratações “é como uma experiência, que, se for bem sucedida, poderá ser ampliada e, então sim, levar à reforma das licitações de modo mais amplo⁴”. A própria lei ao instituir seus princípios, além de

3 CARDOSO, Bruna Lacerda. CORRALO, Giovani. **A (IN)constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=193>> Acesso em: 18.03.2016.

4 JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora**

citar àqueles que já regem as licitações em geral, acrescentou em seu artigo 3º os princípios da eficiência, economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, mantendo a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Cabe frisar que após o surgimento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas se tornou necessário optar pela escolha da aplicação de uma das normas aos procedimentos licitatórios:

Preceitua o §2º do art. 1º da Lei 12.462/2011 que opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório, em cada licitação – e, vale repetir, a adoção do RDC resultará no afastamento da Lei 8.666/1993, exceto nos casos explicitamente previstos na própria Lei 12.462/2011.⁵

Desse modo, caso a Administração Pública opte por utilizar o Regime Diferenciado, será esse o procedimento mais adequado para alcançar a contratação que melhor atenda as suas necessidades, por se mostrar uma modalidade flexível e compatível com os parâmetros instituídos no âmbito das contratações públicas no ordenamento jurídico atual. Nesse sentido, preceitua Ronny Charles e Michele Marry em sua obra:

O RDC é, portanto, uma “modalidade licitatória flexível”, que pode adotar configurações simples, muito próximas do formato adotado pelo pregão, ou mesmo alterar totalmente seu procedimento e agregar novos elementos, para melhor selecionar contratações complexas ou de nuances específicas.⁶

Porquanto, haja vista, a posterior extensão, assim como a abrangência do RDC à contratações de obras e serviços considerados essenciais a estrutura do Estado, como a Segurança Pública e a Saúde, é interessante analisar se essa Lei realmente se enquadra nos parâmetros formais e constitucionais necessários a sua vigência e eficácia. Portanto, considera-se pertinente verificar seus aspectos controvertidos, já que a criação desse Regime implica em soluções de assuntos de interesse público que atinge diretamente o bem-estar de toda uma coletividade, conforme se verá a seguir.

da 8.666/93. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>. Acesso em 15.04.2016

5 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**.

21. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013. p. 683.

6 CHARLES, Ronny. MARRY, Michelle. **RDC Regime Diferenciado de Contratações**. 1. ed. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 52.

3. VISÃO GERAL DA ADI N. 4655

Com o surgimento da lei n. 12.462/2011 que criou o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) muito se especulou acerca de sua validade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo esse um dos motivos que levou o Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Monteiro Gurgel Santos a ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de n. 4655 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) questionando a sua aplicabilidade e validade.

A ADI foi distribuída por prevenção para o Ministro Luiz Fux, haja vista que este recebeu a primeira ação ajuizada pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, para impugnar o RDC, encontrando-se, até a construção desse trabalho, conclusa ao relator desde o ano de 2013.

Com o ajuizamento da Ação Direta, na petição inicial, Roberto Gurgel suscitou inicialmente um suposto vício formal durante o processo de criação da lei n. 12.462/2011, alegando que houve afronta ao devido processo legislativo e ao princípio de separação dos poderes. Além disso, o PGR arguiu também diversos vícios materiais, afirmando que alguns dispositivos não são compatíveis com a Constituição Federal e também estariam violando algumas normas infraconstitucionais que regulam os processos licitatórios e os contratos administrativos.

Em sua manifestação, o Advogado Geral da União (AGU) Fernando Luiz Albuquerque Faria combateu argumentos expostos na ADI, pontuando os motivos pelos quais não concorda com as afirmações do PGR. Inicialmente, após relatar o teor da Ação Direta de Inconstitucionalidade, passou a refutar todos os atos alegados começando pela suposição de inconstitucionalidade formal.

Fernando Faria afirma, ainda, que a alegação não merece ser acolhida, tendo em vista que não houve ofensa às normas da Carta Magna, tendo respeitado o princípio da separação dos poderes e do processo legislativo, além disso, destacou que existe relação entre os assuntos tratados pela Medida Provisória n. 527/11, que deu origem a edição do RDC, e as emendas apresentadas durante o processo dessa conversão em lei, já que, segundo o AGU, a estruturação dos aeroportos brasileiros está ligada diretamente com

as obras e serviços necessários para a efetivação dos eventos esportivos a serem realizados no país.

Após a abordagem acerca da inconstitucionalidade, passou a combater os supostos vícios materiais, sendo estes relacionados a violação de princípios da Administração Pública prevista no art. 37 da Carta Magna, ao termo “pré qualificação permanente”, além da alegação de ofensa à proteção a meio ambiente e principalmente no que diz respeito à preferência pela denominada contratação integrada, uma nova modalidade aplicada ao procedimento de contratações públicas.

Diante do que fora exposto, nos próximos tópicos deste artigo passa-se a analisar cada hipótese levantada pelo PGR, bem como as alegações feitas pelo Advogado da União a fim de se chegar a uma conclusão acerca da presença de vícios materiais e/ou formais na lei que foi impugnada, pois a decisão a ser tomada é de grande relevância e importância, haja vista que influencia diretamente na atuação da Administração Pública, no que tange as contratações de serviços públicos, porque estas visam atingir os interesses de toda uma coletividade, proporcionando, conseqüentemente uma melhor atuação do poder público em prol de seus administrados.

4. DOS ARGUMENTOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4655, pelo Procurador-Geral da República (PGR) Roberto Gurgel, aproveitando-se da sua condição de legitimado universal, foi levantada a hipótese de vício formal durante o processo de criação da Lei n. 12.462/2011, ou seja, foi levantado o questionamento sobre a existência de algum tipo de vício no processo de elaboração da lei que regula o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, se há alguma desconformidade com as normas e procedimentos que são previstos para que ocorra legalmente o processo legislativo. Segundo o PGR a Medida Provisória (MP) n. 527/2011 foi editada objetivando a alteração da lei n. 10.683/2003, que dispõe sobre a estrutura organizacional e atribuições dos órgãos da Presidência da República, assim como adaptar legislação que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO).

Ocorre que, segundo o proponente da ADI, no curso da tramitação na Câmara dos Deputados, da referida MP o Deputado José Guimarães apresentou projeto de lei que acrescentou dispositivos que atualmente regulam o regime diferenciado de contratações, tendo em vista a proximidade dos eventos esportivos a serem sediados no país. Ainda de acordo com o Gurgel o projeto de lei foi aprovado no Senado e encaminhado para a sanção da Presidente da República.

Após todo esse processo de votação da lei n. 12.462/2011, o PGR identificou uma suposta violação ao devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CRFB/88) e ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB/88), ao afirmar que foi incluída matéria considerada estranha àquela tratada na medida provisória em discussão, assim como cabe exclusivamente ao Presidente da República decidir as medidas de caráter relevante e urgente que devem ser veiculadas, vejamos sua alegação:

Portanto, como a Lei nº 12.462/2011, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida.⁷

Se extrai da peça inicial que o Congresso Nacional na resolução nº 1 de 1989 estabelece expressamente que é vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória.

Importante referir que o Ministro Relator Luiz Fux solicitou informações da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da Presidente da República acerca das impugnações feitas por Roberto Gurgel. Em contrapartida aos argumentos apresentados pelo Procurador-Geral, em sua manifestação a Câmara dos Deputados informou que a matéria estava dentro dos trâmites constitucionais, afastando de logo, qualquer alegação de vício formal; o Senado Federal, por sua vez, se pronunciou pela defesa da constitucionalidade da Lei n. 11.462/2011, ressaltando que restou evidenciada a pertinência temática entre a redação original da medida provisória e das emendas parlamentares.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011.p.10.

Assim, a Presidente da República afirmou que não houve qualquer violação direta a Carta Magna, logo, não há o que se falar em incompatibilidade entre as emendas parlamentares que deram origem ao RDC e o texto original que deu ensejo ao surgimento do regime diferenciado de contratações públicas.

E ainda no que tange uma suposta inconstitucionalidade formal o Advogado-Geral da União Fernando Luiz Albuquerque Faria apresentou argumentos no sentido de que não houve qualquer violação a Carta Magna, e, portanto, não merece ser acolhida a pretensão do Procurador-Geral da República, além de que há uma correlação entre a matéria tratada da medida provisória e as emendas que foram apresentadas durante o processo de sua conversão em lei, já que a reestruturação imediata da aviação civil nacional seria de fundamental importância para a realização dos eventos esportivos os quais o país se tornou sede. Por isso, concluiu o seguinte:

[...] se o assunto incluído no projeto de lei ou na medida provisória por meio de emenda parlamentar tiver relação de afinidade lógica com o seu texto original, mas não constituir matéria de iniciativa reservada, não haverá que se falar em violação a tal iniciativa privativa ou ao princípio da separação dos Poderes.⁸

Com isso, o AGU chegou ao entendimento de que como não houve qualquer afronta direta a Constituição Federal não há de ser reconhecida a inconstitucionalidade formal, logo, não houve afronta ao processo legislativo, tampouco ao princípio da separação dos poderes, devendo ser considerada totalmente compatível e em conformidade com o ordenamento pátrio a medida provisória que deu ensejo a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

5.DOS ELEMENTOS DOS VÍCIOS MATERIAIS

Após a polêmica análise da inconstitucionalidade formal supostamente presente no processo de criação da lei n. 12.462/2011, passa-se a tratar dos dispositivos que ferem a ordem constitucional, sendo materialmente

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011.p.20.

incompatíveis com a Constituição Federal de acordo com o ponto de vista de Roberto Gurgel.

O autor da Ação Direito de Inconstitucionalidade aqui estudada, levanta hipóteses de vícios materiais elencados no regime diferenciado de contratações públicas, os quais serão vistos e avaliados ponto a ponto. São eles: o que diz respeito a modalidade da contratação integrada, a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “pré-qualificação” presente em diversos dispositivos da norma impugnada e, por fim, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos dispositivos para afastar interpretação que dispense as exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade.

5.1 O INSTITUTO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A instituição da modalidade de contratação integrada em caso de obras e serviços de engenharia prevista no regime diferenciado de contratações públicas, em seu artigo 9º, é o aspecto mais polêmico no que tange as inovações trazidas pela lei do RDC.

Essa novidade introduzida pela lei em comento consiste na elaboração do projeto básico, execução e entrega da obra pelo próprio contratado, o que é previsto na atual lei de licitações em vigor, até porque a lei n. 8.666/1993 apenas admite a licitação para obras e serviços quando houver um projeto básico que seja aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, é o que diz o art. 7º, §2º da lei de licitações.

No entanto, o que se pode extrair da análise dessa nova modalidade é que esta busca diminuir as falhas nos projetos básicos e a execução da obra, evitando assim, a celebração de termos aditivos ou prejuízos econômicos excessivos decorrentes da execução do serviço e o projeto básico inicialmente aprovado. É em virtude disso, que o próprio RDC no artigo 9º, §4º vedou a celebração dos mencionados termo aditivos quando os contratos forem firmados em razão do modelo de contratação integrada, logo, acaba por transferir os riscos da realização do empreendimento como um todo ao contratado.

Nesse sentido, Juksaitis se posiciona favoravelmente a esse novo modelo trazido pela lei n. 12.462/2011 ao afirmar que “ao invés de jogar para o licitante o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, a administração transfere a ele todos os riscos do projeto e realização da obra”.

Há ainda que se destacar que apesar de não a Administração Pública não ser mais a responsável pela realização do projeto básico, no caso de se adotar o modelo de contratação integrada o RDC não dispensou a apresentação de um anteprojeto de engenharia (art. 9º, §2º da lei 12.462/2011), o qual seria um documento de planejamento, para que não deixe de definir o objeto da licitação, assim como possibilite a caracterização da obra ou do serviço, a fim de que se possa alcançar o resultado pretendido pela Administração e, assim os licitantes possam elaborar suas propostas e haja a comparação entre as propostas que foram recebidas e a escolha do vencedor.

Assim sendo, pode-se então definir a denominada contratação integrada com base nos ensinamentos da obra de Ronny Charles e Michelle Marry:

Com isso, pode-se definir a contratação integrada como sendo um regime de execução para a contratação de obras e serviços de engenharia, por um contratado que ficará responsável pela execução total do empreendimento, com autonomia ampla para desenvolver por sua conta e risco o projeto básico e o executivo, obrigando-se, ao final, a entregar o empreendimento pronto e acabado.¹⁰

Todavia, apesar do quanto abordado no que tange os aspectos da contratação integrada e as vantagens que proporciona a Administração Pública ao adotar essa modalidade, Roberto Gurgel suscitou a sua inconstitucionalidade sustentando duas teses, sendo a primeira de que as obras e serviços seriam contratados sem que tenha sido previamente definido seu objeto e forma clara, o que acarretaria uma violação ao princípio da isonomia dos concorrentes, pois é a partir da definição prévia do objeto licitatório que as propostas podem ser objetivamente comparadas, sendo em virtude

9 JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93**. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>. Acesso em 15.04.2016

10 CHARLES, Ronny. MARRY, Michelle. **RDC Regime Diferenciado de Contratações**. 1. ed. Salvador: Juspodivm.2014. p. 105

disso que a lei 8.666/1993 institui o projeto básico quando se tratar de contratação para obras e/ou serviços públicos. Ademais, aponta ainda que para que as exigências de qualificação técnica e econômica sejam impostas pela Administração é indispensável que haja um delineamento prévio e preciso do objeto que será licitado e caso isso não ocorra, poderá comprometer a escolha da proposta mais vantajosa para a administração.

A segunda premissa seria a de que a concentração do projeto básico e a execução do empreendimento em um mesmo contratante desvirtuaria os propósitos do procedimento licitatório previstos no artigo 37, XXI da CRFB/88, gerando, uma incompatibilidade, já que o autor do projeto teria condições de visualizar, de antemão os possíveis concorrentes e, além disso, essa hipótese é expressamente defesa pela lei de licitações públicas em seu artigo 9º.

Na contramão das hipóteses levantadas pelo PGR, Fernando Faria se manifestou no sentido de que não merece respaldo as críticas feitas pelo autor da ADI, pois o anteprojeto de engenharia ao conter os documentos técnicos que possibilitem a caracterização da obra ou serviço, torna possível que haja uma escolha realizada conforme os critérios objetivos de contratações públicas. Do mesmo modo, defendeu o AGU que a impossibilidade da celebração de contratos aditivos é uma grande vantagem à administração, pois o próprio contratado será o responsável pela elaboração do projeto básico e deverá sobre ele recair as eventuais falhas decorrentes do contrato, gerando assim ganho de tempo e economia aos cofres públicos.

Importante frisar que essa inovação trazida pela lei n. 12.462/2011 foi inspirada no direito norte americano o qual neste é nominado de *design-build*. Além disso, o ordenamento jurídico pátrio já prevê a possibilidade do modelo de contratação integrada, previsto no Decreto n. 2.745/1998, utilizado pela Petrobrás em seu item 1.9, o qual, inclusive, já foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em vista disso, para o AGU não merece acolhimento a impugnação feita para declarar inconstitucional o regime de contratação integrada.

5.2 OS ASPECTOS DA PRÉ – QUALIFICAÇÃO

A denominada pré-qualificação permanente possui previsão no RDC e não se confunde com a pré-qualificação de licitantes prevista no artigo 14 lei 8.666/1993. Enquanto que esta ocorre na modalidade licitatória concorrência e, ainda o procedimento deve ser aplicado a casos em que o objeto licitado precisasse de uma melhor análise da qualificação técnica dos interessados, sendo divulgados nos editais de pré-qualificação, os critérios de julgamento, no que diz respeito à técnica e preço, de forma detalhada, clara e objetiva. Funciona como uma antecipação da aferição técnica daqueles interessados.

No entanto, aquela expressão prevista na lei n. 12.462/2011 é utilizada tanto para a identificação de técnica quando identificação de bens dos licitantes, podendo ser permanente e por isso aproveitada em inúmeros procedimentos licitatórios.

Com relação a esse aspecto, o Procurador-Geral da República requereu que fosse reconhecida a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “pré-qualificação permanente” sob a alegação de que nesse modelo já foi constatada diversas irregularidades, a exemplo do direcionamento de certames e conluio entre os participantes e sobrepreços. Outrossim, justifica o seu pedido afirmando que há lesão a ampla competitividade, pois a pré-qualificação permanente é aplicável em qualquer situação e não apenas naquelas que sejam excepcionais.

Mais uma vez, indo de encontro ao posicionamento de Roberto Gurgel, o Advogado da União Fernando Faria defende que não há o que se falar em prejuízo ou desrespeito à ampla concorrência, considerando-se que a pré-qualificação objetiva identificar os candidatos que reúnem condições mínimas de habilitação e, ainda contribui com o trâmite mais célere do procedimento licitatório, vejamos sua manifestação:

A pré-qualificação consiste na retirada da fase de habilitação do próprio procedimento licitatório, a qual passa a ser realizada previamente. Sua finalidade é agilizar a licitação, tendo em vista que evita a tentativa de habilitação de candidatos que não possuam idoneidade financeira, capacidade técnica, capacidade jurídica ou regularidade fiscal para concorrerem ao objeto do certame.¹¹

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011.p.32.

Com efeito, entende que o procedimento da pré-qualificação seria um aprimoramento daquela prevista na lei n. 8.666/1993, porque estimula a ampla competitividade, atende aos princípios da eficiência e economicidade e ainda, apesar de não estar limitada a uma modalidade licitatória específica, isso reduz as possibilidades de fraude durante o trâmite de contratações públicas.

5.3 A QUESTÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

A ofensa à proteção ao meio ambiente é a última crítica feita por Roberto Gurgel. Foi destacado na Ação Direta de Inconstitucionalidade o quanto é fundamento a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este bem essencial à uma digna qualidade de vida.

No ponto de vista do Procurador-Geral, os artigos 4º e 14 do RDC não podem ser interpretados no sentido de que serão aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórios no caso de execução de obras ou atividades causadoras de danos ambientais ou culturais. Foi ressaltado por ele que na Constituição Federal é previsto (art. 225, §1º, IV) o estudo do impacto ambiental, sendo este o instrumento adequado para avaliar a extensão do dano e decidir se é possível e conveniente a realização da obra ou serviço. Em virtude disso, requereu a declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a fim de afastar as interpretações que afaste as exigências das normas que regulam o licenciamento ambiental.

Nesse sentido, a fim de combater as alegações do PGR, Fernando Faria destaca que o regime diferenciado de contratações públicas traz como um de seus princípios norteadores o princípio do desenvolvimento econômico sustentável. Aduz ainda, que a lei impugnada determina que:

[...] as contratações devem observar as normas relativas à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; e à utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais.¹²

Assim é evidente a preocupação do Procurador-Geral da República se a Lei 12.462/2011 respeita e adere aos princípios ambientais, princípios estes que regem o atual ordenamento jurídico brasileiro, sendo inclusive considerado direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

6. RDC: (IN) CONSTITUCIONAL?

Após a abordagem e análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade que confronta o que dispõe a lei n. 12.462/2011, a partir de agora se passa aqui a apontar os aspectos que fazem concluir sobre a inconstitucionalidade ou não da lei em análise.

Primeiramente com relação a incompatibilidade do devido processo legislativo com a Lei Maior, em que houve violação ao princípio da separação dos poderes, há de se reconhecer a presença do vício formal, pois é evidente que ao realizar a votação para conversão da medida provisória n. 527/2011 para alteração da lei n. 10.683/03, nada esta, dispusera sobre o RDC, logo, quando o deputado José Guimarães ao incluir matéria estranha àquela tratada na referida MP, a qual sequer foi caracterizada a urgência e relevância, não respeitou o quanto previsto no art. 2º da Lei Maior, que dispõe sobre o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, o Ilustre Professor Dirley da Cunha Jr., ensina que “a violação à reserva de iniciativa revela conduta inconstitucional que não pode sequer ser convalidada com a sanção do chefe do executivo se a iniciativa invadida era dele”¹³. Ainda sobre o tema, o Ministro Luís Roberto Barroso, leciona o seguinte:

Relativamente ao vício de iniciativa, quando conferida esta privativamente ao Presidente da República vigorou por algum tempo o entendimento de que ele poderia ser convalidado no momento da sanção, expresso no verbete n. 5 da Súmula do STF [...] Tal orientação, todavia, já não prevalece de longa data [...] estando o ponto de vista atual sintetizado na decisão seguinte: “A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão à cláusula inscrita

Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011.p.36.

13 JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**.p. 931. 7ed. Salvador. Ed. Juspodivm.

no art. 63, I, da Carta Federal, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do Chefe do Poder Executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República.”¹⁴.

Ou seja, sabe-se que a medida provisória é um instrumento adotado pelo Presidente da República, caso sejam preenchidos os requisitos de relevância e urgência, consoante o disposto no art. 62 da CRFB/88. Sendo assim, o chefe do poder executivo é exclusivamente o legitimado para declarar os referidos requisitos essenciais para instituir medida provisória, o que claramente não ocorreu durante o processo de discussão e votação da MP n. 527/201. O próprio deputado ao fazer o acréscimo da Lei. n. 12.462/2011 durante a votação para conversão em lei da citada MP, decidiu quanto a sua relevância e urgência, contrariando a Carta Magna e violando o devido processo legislativo.

Com efeito, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 5.127¹⁵ firmou entendimento, no sentido que

14 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 49.

15 **“É incompatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação.** Essa a conclusão do Plenário – com efeitos ex nunc e imediata cientificação do Poder Legislativo – que, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face do art. 76 da Lei 12.249/2010, inserido mediante emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei, a versar sobre objeto distinto daquele originalmente veiculado no texto apresentado à conversão. (...) O Plenário, no que concerne à possibilidade de, em processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, ser apresentada emenda parlamentar com conteúdo temático distinto daquele objeto da medida provisória, consignou que esta seria espécie normativa primária, de caráter excepcional, sujeita a condição resolutiva e de competência exclusiva do Presidente da República (CF, artigos 59, V; e 62, § 3º). Como espécie normativa de competência exclusiva do Presidente da República e excepcional, não seria 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 limitaria e circunscreveria ao tema definido como urgente e relevante. Assim, seria possível emenda parlamentar ao projeto de conversão, desde que observada a devida pertinência lógico-temática. De outro lado, editada a medida provisória, competiria ao Legislativo realizar o seu controle. Esse controle seria político e jurídico, pois daria respeito à urgência e relevância exigidas constitucionalmente. O Colegiado frisou que o uso hipertrofiado da medida provisória, instrumento excepcional, deturparia o processo legislativo, gerando distorções ilegítimas. Nessa quadra, a prática das emendas parlamentares no processo de conversão de medida provisória em lei com conteúdo temático distinto apresentaria fortes complexidades democráticas. O Legislativo, no procedimento de conversão, poderia aprovar emendas aditivas, modificativas ou supressivas. Por outro lado, o fato de a Constituição não ter expressamente disposto no art. 62 a impossibilidade de se transbordar a temática da medida provisória não significaria que o exercício da faculdade de emendar pelo Congresso fosse incondicionado.” (ADI 5.127, rel. p/ o ac. min. **Edson Fachin**, julgamento em 15-10-2015, Plenário, *Informativo 803*.) [grifo nosso]

emendas que não tenham relação lógica com o tema da medida provisória, é incompatível com a Constituição Federal, pois tal ato seria do Presidente da República e não de um parlamentar. Destacou ainda, que apesar de não haver expressa previsão no texto constitucional a respeito da impossibilidade de transbordar a temática da medida provisória, não quer dizer que o exercício de emenda seja incondicionado.

Ocorre que, apesar do entendimento firmado no referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão, conferindo efeitos *ex-nunc* em obediência ao princípio da segurança jurídica. Por isso, esse novo entendimento somente prevalecerá em casos futuros de emendas parlamentares sem pertinência temática com a medida provisória que vier a ser convertida em lei, devendo esta ser declarada inconstitucional. Então, em razão disso, medidas provisórias já aprovadas pelo Congresso Nacional, não poderão ser mais declaradas inconstitucionais.

Contudo, apesar da decisão do STF, não se pode deixar de analisar que a inconstitucionalidade formal do Regime Diferenciado de Contratações restou devidamente comprovada por não observar um processo legislativo compatível com o que dispõe a Constituição Federal e por isso deveria ser declarada inconstitucional enquanto seus aspectos formais.

Todavia, no que diz respeito as alegações de vícios materiais presentes na lei n. 12.462/2011, não há o que se falar em inconstitucionalidade por violação material a Carta Magna. Com a adoção do instituto da pré-qualificação não se vislumbra qualquer irregularidade, pois não representa prejuízo ou desrespeito à ampla defesa, porque esse visa principalmente identificar os candidatos que reúnem as condições mínimas e satisfatórias de habilitação, não infringindo os princípios da igualdade, nem o da competitividade entre os possíveis contratados, tornando, inclusive, o procedimento mais célere. Considerando as vantagens desse instituto, Di Pietro explica:

A grande utilidade da pré-qualificação, tal como disciplinada na Lei do RDC é a de facilitar o procedimento da licitação, que se pretende seja mais ágil do que o da Lei nº 8.666/93. Por isso, não se justifica a norma do Regulamento que só permite a qualificação técnica de bens.¹⁶

16
p.462.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013;

Portanto, a alegação de vício material não merece ser acolhida, pelos motivos já expostos.

No que tange a denominada contratação integrada, esta não é incompatível com o disposto no art. 37, XXI da CRFB/88, uma vez que não impede a escolha de forma objetiva durante a realização do certame, tampouco, dispensa a realização de um projeto básico. O que ocorre é uma alteração no momento da apresentação do projeto básico, ou seja, essa etapa é postergada, sendo o contratado responsável pela elaboração do projeto básico, gerando assim, uma grande vantagem para a Administração Pública, pois não é permitida a realização de termos aditivos para suprir eventuais falhas que ficam a cargo do contratado. Importa registrar que esse instituto, como já citado neste trabalho, possui previsão na legislação brasileira, tendo sido declarado constitucional, logo, há de ser afastada a hipótese de inconstitucionalidade material do referido instituto, pois não existe qualquer violação ao texto constitucional.

Finalmente, a questão do desrespeito ao devido licenciamento ambiental não merece acolhimento, em razão de o RDC ter inserido o princípio do desenvolvimento econômico sustentável no rol de seus princípios norteadores, princípio este que também pode ser encontrado na Constituição Federal em seu artigo 179, VI, demonstra notoriamente a preocupação da lei em respeitar os princípios que proporcionam um meio ambiente equilibrado, por isso, é infundada a alegação quanto a não observância do devido licenciamento ambiental, já que é evidente a devida proteção a que se quer dar ao meio ambiente durante a realização de obras e serviços públicos.

Assim sendo, após tudo o que fora abordado, conclui-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, tendo em vista que restou evidenciado que o devido processo legislativo não foi compatível com o que dispõe a CRFB/88. Entretanto, deve-se afastar as alegações a respeito da inconstitucionalidade por vícios materiais, pois não há qualquer incompatibilidade do conteúdo da norma com os dispositivos da Constituição Federal, sendo a norma, no que tange o seu conteúdo plenamente constitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com tudo que fora exposto e desenvolvido no presente trabalho, após debater os principais aspectos impugnados acerca da inconstitucionalidade do RDC, apenas cabe aguardar o julgamento das ADIs (n. 4.655 e 4.645) que se encontram em trâmite perante o STF. Desse modo, foi possível chegar as seguintes conclusões:

- a. Após o Brasil se tornar sede da Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, restou ainda mais evidenciado o quanto o procedimento licitatório previsto na lei n. 8.666/1993 era burocrático e moroso, surgindo assim, a necessidade de uma nova modalidade que proporcionasse mais celeridade e agilidade ao processo de contratações públicas.
- b. O Regime Diferenciado de Contratações – RDC foi inicialmente instituído e destinado para a contratação de obras e/ou serviços públicos essenciais à realização dos grandes eventos esportivos, mas passou a ser utilizado também para obras de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e no âmbito do Sistema Único de Saúde, bem como em obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e ações no âmbito da Segurança Pública.
- c. O surgimento do RDC implicou no surgimento de algumas inovações como a preferência da contratação integrada no caso de obras e serviços de engenharia e, ainda, o procedimento da pré-qualificação permanente.
- d. Após a sua entrada em vigor, lei n. 12.462/2011 foi alvo de críticas e diversas discussões acerca de sua constitucionalidade tanto formal, quanto material, sendo alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade, as quais ainda estão pendentes de julgamento.
- e. A alegação acerca da inconstitucionalidade formal diz respeito a inobservância do devido processo legislativo e violação ao princípio da separação dos poderes, já que o Presidente da República era o competente para determinar se a inclusão do RDC na discussão da medida provisória, tinha caráter urgente e relevante.
- f. Há também de se considerar que a matéria incluída não tinha pertinência temática com o tema ali tratado, qual seja a legislação

- que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO).
- g. Em virtude do mencionado acima e no desenvolvimento do trabalho, deveria ser acolhido o requerimento de inconstitucionalidade formal, por vício no processo legislativo.
 - h. Com relação a modalidade de contratação integrada, a pré-qualificação permanente, assim como a violação ao meio ambiente, não há o que se falar em inconstitucionalidade. Esses dispositivos impugnados estão de acordo com a CRFB/88, pois não há afronta a qualquer de seus princípios e propiciam maior celeridade e economicidade ao procedimento de contratações públicas.
 - i. Em vista disso, verifica-se que é de extrema relevância a discussão acerca da inconstitucionalidade do RDC, pois após a sua entrada em vigor houve uma maior abrangência e aplicação da lei, tornando-se inclusive, preferencialmente aplicável com relação a lei n. 8.666/1993. Entretanto, não deve ser ignorado o vício presente no processo legislativo de elaboração da lei.
 - j. Por fim, pode-se concluir que a melhor forma de proporcionar um processo de contratações públicas mais céleres e eficientes seria uma reforma na lei n. 8666/93, incluindo os melhores aspectos trazidos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, modernizando o modo de contratar do Poder Público, de modo que contribuiria com a diminuição do excesso burocrático e de grandes prejuízos ao erário que são decorrentes dos procedimentos licitatórios regidos pela lei de licitações públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.2013.

ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf> Acesso em: 18.03.2016;

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012

CARDOSO, Bruna Lacerda. CORRALO, Giovani. **A (IN) constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=193>> Acesso em: 18.03.2016

CHARLES, Ronny. MARRY, Michelle. **RDC Regime Diferenciado de Contratações**. 1. ed. Salvador: Juspodivm.2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013;

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Licitação para a Copa e Olimpíadas**. Jornal A TARDE, Salvador, p. 3 - 3, 13 maio 2011.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

REZENDE. Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.642, de 2011**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Disponível em:<estudos/textospara-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>. Acesso em: 15.03.2016.

_____. **Lei n. 12.462**, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15.03.2016;

_____. **Lei n. 8.666**, 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15.03.2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645**. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20.03.2016. / referencia