

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DO DIREITO

Vinícius Eduardo Wassmansdorf

As alterações promovidas pela Lei nº. 12.462/11 no Procedimento Licitatório

Florianópolis
Dezembro de 2011.

Vinícius Eduardo Wassmansdorf

As alterações promovidas pela Lei nº. 12.462/11 no Procedimento Licitatório

Trabalho de Conclusão apresentado
ao Curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito à obtenção
do título de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis
Dezembro de 2011.

Autor: Vinícius Eduardo Wassmansdorf

Título: As alterações promovidas pela Lei nº. 12.462/11 no Procedimento Licitatório

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de bacharel, aprovado com [conceito, nota].

Florianópolis (SC), 14 de dezembro de 2011.

Professor Orientador Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo - UFSC

Coordenador do Curso Msc. Juliana Wulfigang - UFSC

Autor: Vinícius Eduardo Wassmansdorf

Título: As alterações promovidas pela Lei nº. 12.462/11 no Procedimento Licitatório

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de bacharel, aprovado com [conceito, nota].

Florianópolis (SC), 14 de dezembro de 2011.

Professor Orientador Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo - UFSC

Membro da Banca Examinadora Bacharel em Direito Alexandre Tietz Laibida –
PUC/PR

Membro da Banca Examinadora Bacharel em Direito Rodrigo Bayer - UFSC

AGRADECIMENTOS

Durante a longa jornada percorrida até aqui, nada fiz sozinho. Por isso, tenho que agradecer a todos que oportunizaram este momento:

Meus pais e irmãos, que além da compreensão, ensinaram-me o conhecimento mais importante e valioso numa vida: o amor incondicional.

Meus avós, Érico, Liz, Emílio e Paulina, pois sem eles nada seria possível.

A minha grande e bela família, evidenciando que a união nos torna mais fortes.

Ao meu tio Ivair, que mesmo sem saber, demonstrou-me um objetivo de vida: a perfeita harmonia entre a felicidade e a simplicidade.

Aos meus queridos amigos que me acompanham há muito e me tornam um ser mais plural e reflexivo.

As minhas amigas da Biblioteca da ALESC que apesar dos desencontros da vida, trataram-me como um filho na minha chegada a esta cidade.

Aos colegas do CREA-SC, em especial ao mestre Alexandre Tietz Laibida, que me proporcionaram um ótimo ambiente de estágio.

Ao pessoal da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital e do Juizado Especial da Fazenda Pública que além da amizade, ensinaram-me a tomar gosto pelo Direito.

Aos meus meio-irmãos Cláudio de Jesus Henriques e Gustavo Henrique Wassmansdorf por terem materializado o significado da palavra parceria.

A minha querida Anne Carolinne Batista que além de me apoiar nesse momento final do curso, me mostrou um outro lado bonito da vida.

E, finalmente, àqueles todos que não nomeei aqui e que em algum instante dessa doce vida torceram por mim...

MEU MUITO OBRIGADO!

RESUMO

O presente trabalho objetiva, a partir da análise do atual procedimento licitatório, examinar as alterações promovidas pela Lei nº. 12.462/11 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas voltado para as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. Nesse caminho, evidenciam-se os pontos positivos da lei além de sua recepção pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O SISTEMA LICITATÓRIO NO BRASIL	10
1.1 Breve histórico do procedimento licitatório no Brasil.....	11
1.2 Os princípios que regem as licitações.....	14
1.3 Análise da legislação atual que regulamenta o procedimento licitatório.....	21
2. EXAME DA LEI Nº. 12.462/11 - REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	32
2.1 A criação da MPV Nº. 527/11 e sua conversão na Lei nº. 12.462/11.....	32
2.2 As principais mudanças promovidas no procedimento licitatório pela Lei nº. 12.462/11.....	39
2.3 As alterações positivas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....	47
3. A LEI Nº. 12.462/11 E A ADEQUAÇÃO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL LICITATÓRIO BRASILEIRO	54
3.1 A inconstitucionalidade formal da Lei nº. 12.462/11.....	55
3.2 As inconstitucionalidades materiais.....	58
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O atual governo conquistou um dos maiores sonhos do povo brasileiro: a realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e também dos Jogos Olímpicos de 2016. O plano de tornar-se, efetivamente, uma grande potência no cenário mundial, passa pela realização de tais eventos à medida que dão maior visibilidade e credibilidade ao país no cenário internacional.

Entretanto, uma das maiores preocupações para a realização destes eventos é a correta aplicação do dinheiro público. Isso porque, nas campanhas para realização de ambos os jogos, muito se falava no rateio de gastos entre o setor público e o privado, diferentemente do que observamos atualmente, onde há nítida preponderância de investimentos públicos.

E como é sabido, quando se trata de aquisição, alienação, locação de bens e contratação de uma obra ou serviço por parte do Poder Público¹ torna-se imprescindível a realização de um procedimento denominado licitação.

O procedimento licitatório, regulado pela Lei nº. 8.666/93, visa alcançar basicamente dois objetivos: proporcionar a possibilidade da Administração Pública realizar o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados uma disputa isonômica, em outras palavras, sem diferenciações.

Atualmente, muitas críticas têm sido feitas à atual legislação que regula o procedimento licitatório, sob o argumento de que ela é muito rígida formalmente o que acaba por impedir mais rapidez nas contratações.

Nesse cenário e diante da proximidade da Copa de 2014, o governo propôs um novo regime licitatório buscando dar mais celeridade ao procedimento, concretizado através da Lei nº. 12.462 de 05 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, mais conhecido como RDC.

O principal fundamento para a instituição do RDC diz respeito à extrema urgência na realização das obras públicas necessárias para os

¹ Para efeitos do presente trabalho, entende-se Poder Público como os entes e entidades constantes no Parágrafo Único do art.1º da Lei nº. 8.666/93 (Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos)

eventos que o país abrigará em breve. Buscar-se-á maior agilidade nas contratações com o novo procedimento.

Assim, diante da atualidade e importância do tema, faz-me mister analisar as alterações promovidas pela referida lei no procedimento licitatório, avaliando a possível inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos, sem esquecer de apontar os aspectos positivos que trouxe no ordenamento jurídico.

Para realizar tal tarefa, busca-se auxílio nos doutrinadores administrativistas, na legislação relacionada ao tema e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

O primeiro Capítulo se ocupa ao estudo do atual procedimento licitatório, e parte de um breve histórico do procedimento no Brasil, passando pelos princípios que regem as licitações, até se chegar à legislação atual que regulamenta as licitações e contratações públicas.

No segundo Capítulo, examinar-se-á detalhadamente a Lei nº. 12.462/11. Esta tarefa tem início com a análise da Medida Provisória nº. 527/11 da qual se converteu a referida lei, demonstrando as principais alterações promovidas por ela no procedimento licitatório. Na terceira parte, discorre-se sobre as mudanças positivas que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe nas licitações.

Finalmente, o terceiro Capítulo versará sobre a recepção da Lei nº. 12.462/11 no ordenamento jurídico, especialmente sobre a sua possível inconstitucionalidade formal, como também das materiais, uma vez que vários artigos da lei são aparentemente colidentes com o texto constitucional.

1 O SISTEMA LICITATÓRIO NO BRASIL

Antes de adentrar na evolução histórica do Procedimento Licitatório no Brasil, cumpre conceituar o que é licitação e demonstrar, mesmo que brevemente, as suas justificativas.

Nesse ínterim, não há conformidade na definição de licitação por parte dos doutrinadores administrativistas brasileiros, mas por questões de objetividade e amplitude, utiliza-se o conceito de Celso Bastos:

A licitação é um procedimento de direito administrativo a que, em geral, os entes públicos estão sujeitos como medida prévia à escolha de seus contratados, que podem ser públicos ou privados. Trata-se de um precedente necessário de todos os contratos administrativos, com o fim de proporcionar à Administração a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias ao Estado (BASTOS, 1994, p.112)

Uma leitura atenta dessas definições permite compreender os dois principais objetivos da licitação, quais sejam, proporcionar à Administração Pública a escolha da proposta mais vantajosa para si, dando ensejo aos administrados oferecerem seus produtos ou serviços.

Nesse delinear, colaciona-se a lição de Maria Adelaide de Campos França:

O objetivo da licitação é o de proporcionar à Administração meios para, ao instaurar a competição entre os licitantes, assegurar a seus administrados a possibilidade de disputarem a participação nos negócios do Governo e receberem o mesmo tratamento jurídico, sem discriminação, obedecendo somente aos preceitos do edital. (FRANÇA, 2010, 29)

Complementa-se com a afirmação de José Cretella Júnior que a “Economia para os cofres públicos”, por um lado, “justiça na escolha”, por outro, e finalmente, “condições mais vantajosas” são os objetivos que a Administração deve alcançar, mediante o procedimento licitatório” (CRETELLA JR., 2006, p.119).

Em resumo, uma vez que tais questões serão melhor abordadas oportunamente, o Poder Público diante da necessidade de contratar, seleciona, por meio do procedimento licitatório, a proposta mais adequada e

vantajosa para o interesse público numa disputa igualitária entre os particulares interessados no objeto do contrato.

Ressalta-se que o atual procedimento licitatório atingiu essa forma através da evolução histórica ocidental que implantou fundamentos a serem seguidos pelos Estados modernos.

Sobre o tema, retira-se da obra de Edmir Netto de Araújo que:

Embora o assunto tenha sido melhor disciplinado somente no decorrer deste século, sabe-se que desde a Antiguidade romana há notícias da existência de regras para disciplinar a alienação de despojos de guerra (vem daí o nome “*hasta*” pública) e realização de obras públicas, e mesmo na Idade Média, quando na Europa ocidental era conhecido o sistema de “vela e pregão”, no qual os construtores faziam suas propostas enquanto ardia uma vela, adjudicando-se ao melhor preço quando esta se apagava. (ARAÚJO, 2010, 525)

A transição da Idade Moderna para a Contemporânea ocorreu com a Revolução Francesa, em 1789. Foi ela “que a partir de seus ideais, deu a contribuição mais relevante para o mundo ocidental, ao implantar a consagração do princípio da igualdade que, atualmente, é um dos fundamentos do procedimento licitatório” (ARAÚJO, 2010, 525).

Todavia, o presente trabalho não possui o condão de desenvolver esse tema, atendo-se especificamente à evolução legislativa do procedimento licitatório no Brasil. É o que se busca a partir desse momento.

1.1 Breve histórico do Procedimento Licitatório no Brasil

Como é de sabença, o Brasil viveu sob o manto político, econômico e jurídico de Portugal até a conquista de sua independência, no ano de 1822. Até então, as leis editadas no além-mar vigiam aqui, como por exemplo, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Estas últimas “vigoraram no país até o século XIX e continham normas a respeito de licitações, embora com outro nome” (ARAÚJO, 2010, 526).

A primeira tentativa de compilação das leis sobre o tema ocorreu somente na República, como se denota da obra de Netto de Araújo:

A primeira tentativa de unificação das normas licitatórias, ao menos na área federal, ocorreu com o Código de Contabilidade da União (Lei nº. 4.535, de 28-1-1922, arts. 49/51, e Dec. nº. 15.783, de 8-11-1922, arts. 244/245 e 738/802), que vigorou muito tempo. Foi seguido pela Lei nº. 4.401, de 10 de setembro de 1964 e Decs.-Leis nº. 185, de 23 de fevereiro de 1967 e finalmente o nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, a título de padronização decorrente da Reforma Administrativa, foi estendido às demais unidades federativas, em suas normas gerais, pela Lei nº. 5.456, de 20 de junho de 1968, permitindo a legislação supletiva nos demais âmbitos, tendo tido vários decretos regulamentares. (ARAÚJO, 2010, 526)

Conforme se depreende, houve uma clara evolução normativa no campo das licitações. O que era antes um emaranhado de leis esparsas, agora estava reunido na esfera federal sob a égide do Código de Contabilidade da União. Contudo, restava ainda estender as normas licitatórias nos âmbitos dos Estados e Municípios.

Foi então que o regime militar propôs uma Reforma Administrativa com a edição do Decreto-lei nº. 200/67, que trazia no seu Título XII (arts. 125 a 144) as normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações. As regras previstas no referido decreto, tiveram sua aplicação estendida aos Estados e Municípios pela Lei nº.5.456, de 1968, autorizando, inclusive, a legislação supletiva por parte do Estado, conforme estabelecia seu art. 4º².

De acordo com a lição de José Cretella Júnior, “estranhou-se naquele momento que o Decreto-Lei nº.200/67 tivesse introduzido o vocábulo licitação, empregado até então somente nos leilões do Direito Privado, como termo técnico preciso para designar o que antes era conhecido como concorrência pública” (CRETELLA JR., 2006, 52).

Somente com o advento do Decreto-Lei Federal nº. 2.300/86, que revogou o Decreto-Lei nº. 200/67, as normas atinentes ao tema foram unificadas para todos os entes do país, como determinava o art.85³.

² Lei nº. 5.456, de 20 de junho de 1968. [...] Art.4º. Respeitado o disposto nesta Lei, os Estados poderão legislar supletivamente sobre a matéria, tendo em vista as peculiaridades regionais e locais, nos termos do §2º do art.8º da Constituição.

³ Decreto-Lei nº. 2.330, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. [...] Art.85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei.

Após a queda dos militares do poder, foi convocado o Congresso Constituinte que promulgou, com grande anseio popular, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, no ano de 1988.

Dentre os vários princípios nela disposta, nos atenta José Afonso da Silva para “a criação do princípio da licitação, que constitui um instrumento de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com a Administração” (SILVA, 2010, 672). O referido princípio foi albergado pelo art.37, XXI, da CF:

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

[...]

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

Além da previsão principiológica, a Carta Política designou à União em seu art.22, inciso XXVII, a competência privativa para legislar sobre *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Noutras palavras, foi fixada à União a competência para criar normas gerais sobre o tema, reservando-se aos demais entes federativos a edição de legislação própria, com estrita observância à norma produzida na esfera federal.

Exercendo a competência designada, foi publicada em 21 de junho de 1993, a Lei nº. 8.666 que rege as licitações e contratações públicas e se encontra em vigor até os dias atuais. Ressalta-se que a norma mencionada foi alterada posteriormente por diversas leis e dentre as mudanças mais significativas, estão àquelas promovidas pelas Leis nºs. 8.883/94, 9.648/98, 11.107/05, 11.196/05, 11.445/07, 11.484/07, 11.783/08 e 12.188/10.

A Lei nº. 8.666/93 que tem seu espaço reservado nesse trabalho veicula, implícita e explicitamente, diversos princípios norteadores do procedimento licitatório. Nesse campo, ela assegura alguns princípios constitucionais da Administração Pública e avança com a criação de outros que servem como instrumento para efetivação daqueles.

“O referido diploma é resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. A lei contém regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e de acordo com as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 90” (JUSTEN FILHO, 2005, 13).

A principal crítica tecida em relação à Lei nº 8.666/93 diz respeito ao seu número de prescrições burocráticas, que acabam por impedir um procedimento licitatório mais célere.

Preocupado com esse aspecto e sustentando urgência nos investimentos para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016, o Legislativo sancionou a Lei nº. 12.462 de 04 de agosto de 2011. Essa lei é oriunda da conversão da MPV 527/11 e trata basicamente de dois temas, a saber: a criação da Secretaria Nacional de Aviação Civil, como também do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, mais conhecido como RDC.

O RDC, foco principal desse trabalho, trouxe diversas inovações nos procedimentos licitatórios. Trata-se de uma lei com aplicação específica, pois somente poderá ser utilizada para obras relacionadas aos dois eventos antes mencionados e que afasta, conseqüentemente, a incidência da Lei nº. 8.666/93.

Conforme se verificou, a evolução legislativa sobre o tema decorre da modernização dos institutos e das novas necessidades apresentadas pelo Estado na gestão dos recursos públicos.

Remete-se agora, ao estudo aprofundado dos princípios que regem as licitações e dos principais pontos da Lei nº 8.666/93 que serão confrontados pelas alterações promovidas pela Lei nº. 12.462/11.

1.2 Os princípios que regem as Licitações

A relevância dos princípios na atual ordem jurídica é inquestionável. Sobre isso, Marçal Justen Filho afirma que “o princípio é importante não exatamente por ser a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele” (JUSTEN FILHO, 2005, 41)

Por oportuno, deve-se mencionar primeiramente que, mesmo entre os doutrinadores administrativistas, não há consenso na indicação dos princípios informativos da licitação.

A partir dessa percepção, Joel de Menezes Niebuhr afirma em sua obra que:

Cumprir advertir, no entanto, que a Constituição Federal e a legislação não exaurem os princípios informadores da licitação pública, porque estes são colhidos dos valores sociais e do meandro do sistema jurídico. Tanto é que o caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93 – que enumera os princípios da licitação pública – é finalizado com a admissão de outros “que lhe são correlatos” (NIEBUHR, 2000, 91).

Assim, pela própria natureza de valor social dos princípios e também pelo disposto em lei, explica-se o desacordo por parte da doutrina na enumeração dos princípios que regem as licitações.

Unanimidade, entretanto, é o princípio da licitação estabelecido pela Constituição de 1988. Ele vincula a Administração Pública e tem como decorrência “o princípio da indisponibilidade do interesse público que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público” (DI PIETRO, 2007, 329).

Em adendo, colaciona-se a lição de José Afonso da Silva sobre o referido princípio:

Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O *princípio da licitação* significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público (SILVA, 2008, 672)

Dito isso, é importante destacar os princípios veiculados no *caput* do art.3º da Lei nº. 8.666/93, *in verbis*:

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

Todos esses princípios, sem prejuízo de outros, deverão acompanhar a licitação durante suas diversas fases, sob pena da Administração Pública ferir não só o disposto na legislação específica, como também aquilo que a Lei maior prescreve como um dos seus valores fundamentais.

Nesse delinear, ressalta-se que a norma infraconstitucional, no caso a Lei nº. 8.666/93, reforça os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência entabulados no *caput* do artigo 37.

O princípio da legalidade consubstanciado no art.4º da Lei nº. 8.666/93 garante que todos aqueles que participem de licitação promovida pelos entes ou entidades governamentais têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente no procedimento estabelecido na lei.

De acordo com Maria Zanella, “tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento” (DI PIETRO, 2007, 332).

O princípio da impessoalidade, como o próprio nome indica, obriga que os atos da Administração Pública não visem o benefício de algumas pessoas em detrimento dos demais. Deve-se observar, portanto, o interesse público de cada medida.

Segundo Celso Antônio, “ele encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, 532).

Apesar de seu conceito vago, o princípio da moralidade condiciona o comportamento da Administração a padrões éticos de probidade, decoro e

boa-fé. Desse modo, um ato ou conduta do administrador público que não observa a moralidade e se encontra revestido tão somente de legalidade, não pode ser considerado legal. Reitera-se que nas licitações ele se aplica não só à Administração como também aos licitantes.

Em complemento, “a moralidade exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade” (DI PIETRO, 2007, 333).

Seguindo o raciocínio, a autora retrocitada delinea com clareza um princípio semelhante ao da moralidade, que é princípio da probidade administrativa, afirmando que:

A Lei nº. 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art.37, §4º). (DI PIETRO, 2007, 333)

Assim, a Administração deverá se nortear pela honestidade e seriedade, sob pena de nulidade do ato ou procedimento. Não poderá ela invocar, ingenuamente, a validade de uma determinada conduta somente pela compatibilidade com a lei.

Ao seu turno, o princípio da publicidade é fundamental para os “novos Estados Democráticos de Direito”, pois garante a participação da sociedade e permite uma análise transparente dos atos que envolvam a coisa pública.

Nesse compasso, Marçal Justen Filho afirma que:

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. (JUSTEN FILHO, 2005, 54)

Partindo dessa perspectiva, compreende-se a importância da publicidade num procedimento licitatório. Ela garante não só a informação ampla e irrestrita para participação do certame, guardando nesse ponto relação com o princípio da isonomia, como também permite uma ampla fiscalização durante todo procedimento.

Bem por isso, o §3º do artigo 3º da Lei de Licitações resguarda a publicidade e acessibilidade ao público dos atos de seu procedimento. Somente será sigiloso o conteúdo das propostas apresentadas pelos participantes, até sua abertura.

A propósito, quanto maior for o número de interessados em participar do certame, maior será a probabilidade da Administração Pública obter a proposta mais vantajosa para si, concretizando, desse modo, seu principal objetivo.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório faz com que as regras previstas anteriormente no Edital, sejam respeitadas em todos os seus termos pela Administração.

Sobre o tema, Niebuhr discorre com propriedade:

Para que se contemple a isonomia é imprescindível o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. É através dele que os particulares tomam ciência das necessidades da Administração e analisam sua capacidade de satisfazê-la. Este processo é delicadíssimo, pois o órgão administrativo responsável deve delimitar com a máxima precisão o objeto do certame, restringindo-o à medida exata para que os interessados saibam o que oferecer, sem permitir que terceiros, que em tese teriam condições de fazê-lo, não participem da licitação em virtude de formalismos exorbitantes” (NIEBUHR, 2000,109).

Além da previsão no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Públicos, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é delineado com clareza no artigo 41 da mesma lei, que veda expressamente à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Uma licitação que não siga a risca o estabelecido no instrumento convocatório dá ensejo à sua nulidade. Ressalta-se que este princípio é estendido aos licitantes, que deverão apresentar as propostas e os documentos de acordo com o que foi anteriormente previsto no edital.

Por conseqüência, o edital deve ser claro, com seu objeto devidamente balizado e sem formalismos desnecessários que prejudiquem a competição isonômica.

É daí que decorre outro princípio das licitações, qual seja, o do julgamento objetivo.

Desse modo, “o ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios” (JUSTEN FILHO, 2005, 52).

A própria Lei de Licitações e Contratos Públicos expressa claramente esse princípio em seu artigo 45:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório se completa com o do julgamento objetivo das propostas, uma vez que a escolha da proposta mais vantajosa para o interesse público é feita com estrita conformidade por critérios previamente estabelecidos, deixando de lado o subjetivismo que não se harmoniza com a competição igualitária.

Verifica-se que todos os princípios abordados respaldam um dos alicerces da licitação, que é a competição isonômica entre os participantes. Tanto é que a própria Constituição, em seu artigo 37, inciso XXI assegura a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Sob esse prisma, Marçal Justen Filho afirma que:

A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para as situações uniformes, distinguido-se-as na medida em que exista diferença. (JUSTEN FILHO, 2005, 44)

O princípio da isonomia não se confunde, pois, com o da igualdade. Este garante a mesma condição de direitos a todos os interessados em contratar, enquanto o outro, mais amplo, persegue a igualdade através do

tratamento diferenciado para as situações desiguais desde que haja uma razão plausível para tanto.

Um exemplo do princípio da isonomia está no §2º do artigo 3º da Lei nº. 8.666/93:

Art.3º. [...]

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Observa-se que no caso de empate entre duas propostas, o legislador deu preferência aos bens e serviços que tem sua produção relacionada com o país. A diferenciação imposta tem como fundamento o interesse público da medida, pois em caso de empate, o administrador dá preferência aos produtos e serviços que agregam valor econômico em território nacional.

De modo análogo é o critério de desempate criado pela Lei Complementar nº. 123, de 14/12/06, que considera como empate as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte que sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. Ocorrendo essa situação, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, adjudicando-se o objeto em seu favor.

Há, ainda, outros critérios de desempate para os bens e serviços de informática e automação, além dos demais previstos no Capítulo V da Lei Complementar nº. 123 que contemplam as microempresas e empresas de pequeno porte, sob a luz do tratamento dado a elas no artigo 170, IX⁴ da

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Constituição Federal, bem como das cooperativas, nos termos do artigo 34 da Lei 11.488 de 15 de junho de 2007⁵.

Por fim, a aplicação desse princípio é essencial na proteção do interesse público em função da ampla, irrestrita e igualitária participação de todos os interessados. Em sintonia, sustenta Niebuhr que:

Aliás, se não fosse para garantir o princípio da isonomia seria desnecessária e descabida a exigência de licitação pública. Somente se explica um procedimento administrativo antecedente e condicional à celebração de um contrato administrativo, se este assegura a igualdade de todos os interessados. Caso contrário, bastaria ser feita uma pesquisa de preços, adequando-se às necessidades da Administração. Toda a formalidade que é inerente à licitação pública, só tem sentido, se se respaldar na isonomia. (NIEBUHR, 2000, 75).

1.3 Análise da legislação que regulamenta o Procedimento Licitatório

Como o objetivo principal do presente trabalho é analisar as mudanças trazidas pela aplicação especial da Lei nº. 12.462/11 nas licitações, dar-se-á enfoque, nesse ponto, as regras previstas na atual legislação que serão confrontadas pela escolha do RDC – Regime Diferenciado de Contratação – por parte da Administração.

Através da competência privativa designada à União pela Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, foi publicada em 21 de junho de 1993, a Lei nº. 8.666 que veicula as normas gerais para licitações e contratações públicas.

Há que se ressaltar que a referida lei não esgota a edição normativa sobre o tema. É plenamente possível a União criar outras normas que regulem as licitações e contratações públicas, tanto o é que foi publicada em 2002, a Lei nº. 10.420/2002 que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, como também a Lei nº. 12.462/11 que é objeto de estudo deste trabalho.

⁵ Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.

Com precisão, Marçal Justen Filho discorre sobre o tema:

Por outro lado, não se olvide que a edição da Lei nº 8.666 não produziu a “exaustão” da competência legislativa federal para editar normas gerais sobre a matéria. Nada impede que a União edite outras leis, disciplinando o mesmo tema.

[...]

A Lei nº. 8.666 não é hierarquicamente superior a outra lei ordinária. Por isso, é perfeitamente constitucional que outra lei federal contenha normas gerais sobre a matéria. Se forem incompatíveis com aquelas constantes da Lei nº 8.666, aplicar-se-ão os princípios da posteridade (a lei posterior revoga a anterior, quando for com ela incompatível) e da especialidade (a lei especial não revoga a geral, nem vice-versa). (JUSTEN FILHO, 2005, 15)

A Lei nº. 8.666/93 têm seu conteúdo dividido em seis capítulos. O primeiro, denominado Disposições Gerais, determina os princípios que devem ser resguardados no procedimento licitatório e apresenta algumas definições. Em seguida, o segundo capítulo dispõe sobre as modalidades de licitação, os tipos e o procedimento a ser seguido pela Administração. Ao seu turno, o terceiro capítulo refere-se aos contratos administrativos, que são posteriores à adjudicação do objeto ao vencedor do certame. Já o quarto capítulo cuida das sanções administrativas e da tutela judicial. O quinto capítulo discorre sobre os recursos administrativos que podem ser interpostos durante o procedimento. Por fim, o sexto trata das disposições finais e transitórias.

Cumprido analisar, de início, o que a lei traz como requisito indispensável para ser instaurado um procedimento licitatório. Alguns doutrinadores denominam esse interregno temporal anterior à publicação do instrumento convocatório como a etapa interna da licitação.

Nesse viés, a Lei nº. 8.666 estabelece no § 2º do artigo 7º os requisitos para obras e serviços, enquanto o artigo 14 trata do indispensável para se realizar uma compra:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem

executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
 IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.
 [...]

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Para as obras e serviços é imprescindível, portanto, a existência de um projeto básico aprovado pela autoridade competente para se dar início ao procedimento licitatório. A própria lei define o que é o projeto básico em seu artigo 6º, inciso IX⁶.

A sua essencialidade é justificada por ser ele o meio pelo qual a obra ou serviço será caracterizado, terá sua viabilidade técnica assegurada, seu custo avaliado e os métodos e prazos para sua execução determinados. Noutras palavras, o projeto básico define de forma ampla o objeto que será licitado.

Em adição, retira-se a importante lição de Marçal Justen Filho:

A minúcia do inc. IX revela a relevância do tema para a Lei. O projeto básico deverá representar uma projeção detalhada da futura contratação, abordando todos os ângulos de possível repercussão para a Administração. Deverão ser abordadas as questões técnicas, as financeiras, os prazos, os reflexos ambientais (inclusive por força do art. 225, inc. IV, da CF) etc. O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução. (JUSTEN FILHO, 2005, 100).

⁶Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
 b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
 c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
 d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
 e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
 f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Nesse delinear, o projeto básico serve como instrumento para concretização do princípio da isonomia, à medida que possibilita aos interessados o conhecimento exato do objeto que será licitado e, conseqüentemente, o interesse em participar ou não do certame.

Seguindo este raciocínio, o artigo 9^o da Lei de Licitações e Contratos Públicos veda a participação na licitação daquele que foi responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo, seja ele pessoa física ou jurídica, além de servidor ou dirigente de órgão ou ente administrativo contratante ou responsável pela licitação. A participação deste, na licitação ou na execução da obra ou serviço, fica restrita às funções de consultor ou técnico.

Joel de Menezes Niebuhr discorre sobre essa proibição:

O artigo 9^o não permite a participação, no certame, do autor ou empresa responsável pelo projeto básico ou executivo, bem como de servidor ou dirigente do órgão administrativo contratante. Obviamente, se acolhida fosse a hipótese contrária, dúvidas concretas se levantariam sobre a legitimidade do procedimento, uma vez que pessoas em situação privilegiada o afetariam. Esta regra, afora a isonomia, é flagrantemente remissiva ao princípio da impessoalidade, rejeitando benefícios de caráter subjetivo e pessoal dos agentes administrativos, regendo-os somente pelo interesse público. (NIEBUHR, 2000, 117).

Destaca-se que o projeto executivo – que é aquele que contém as informações e orientações necessárias à execução completa da obra ou do

⁷ Art. 9^o Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1^o É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2^o O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3^o Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4^o O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

serviço – pode estar incluso no objeto da licitação como encargo do licitante ou por preço previamente fixado pela Administração (§2º do artigo 7º).

Entre outras limitações, está aquela prevista no §5º do artigo 7º⁸, que veda a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou aponte marcas ou características e especificações exclusivas. Se o objeto não tem similar, não haverá disputa e, por conseguinte, a licitação que daria ensejo a competição seria inócua.

É possível, entretanto, que a Administração indique uma marca, desde que o faça mediante justificativa técnica que demonstre a razoabilidade daquela escolha.

As licitações destinadas para compras também devem seguir alguns requisitos. Foram eles fixados pelo artigo 14º da Lei nº. 8.666, a saber, a adequada caracterização do objeto e a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento.

No artigo seguinte da lei o legislador elencou, por meio de seus incisos, algumas providências que deverão ser observadas pela Administração, sempre que possível, numa eventual compra. A primeira, de extrema relevância temática, está disposta no inciso I do artigo 15¹⁰ e diz respeito à padronização das compras realizadas pela Administração.

Sobre sua pertinência, Marçal Justen Filho afirma que:

Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão de obra etc. (JUSTEN FILHO, 2005, 140)

⁸ Art. 7º, § 5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

⁹ Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

¹⁰ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

Com base no ensinamento, observa-se a importância da padronização. Por meio dela a Administração elimina empecilhos que poderiam ocorrer com a escolha de outro produto, como por exemplo, o desconhecimento das técnicas ou características necessárias para seu bom uso.

Noutro prisma, o artigo 15, §7º, inciso I¹¹, impede a indicação de marca do bem a ser adquirido. Esse ponto específico da lei gerou muitas discussões, tendo em vista a própria noção de padronização anteriormente tratada.

O Tribunal de Contas da União já pacificou seu entendimento sobre o tema, entendendo que é possível indicar uma marca, conforme a decisão proferida no acórdão de nº. 1122/2010 da Primeira Câmara que segue:

Sumário

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. EXIGÊNCIA DE MARCA ESPECÍFICA EM EDITAL JUSTIFICADA TÉCNICA E ECONOMICAMENTE. AQUISIÇÃO DE SUPRIMENTOS EM INFORMÁTICA. IMPROCEDÊNCIA.
[...]

4. Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara).

5. Não obstante a percuente análise de mérito realizada pela unidade técnica, entendo que houve a devida justificativa técnica e econômica para se proceder à exigência de marca no Pregão Eletrônico n. 113/2008, com vistas à manutenção da garantia do fornecedor. (Relator Marcos Bemquerer Costa – Acórdão nº. 1122/2010 da Primeira Câmara, de 09 de março de 2010).

Depreende-se do voto dado pelo relator e confirmado pelos demais Ministros a possibilidade de indicação de uma marca num instrumento convocatório. Para tanto, é imprescindível uma justificativa técnica e econômica que fundamente a escolha da marca por parte do órgão.

Nesse compasso, José Cretella Júnior sustenta que:

¹¹ Art. 15. § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:
I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

A *escolha de marca*, quando comprovada a vantagem para a Administração, em processo regular de aquisição, não constitui discriminação ilegal, mas justa e legítima opção do administrador entre o que mais convém ao serviço público. O que se nega à Administração é a escolha arbitrária de determinada marca, sem justificativa da preferência, comumente disfarçada em licitações cujos editais ou convites descrevem capciosamente o objeto, com tais características que induzem a uma única marca – sem dizer-lhe o nome – excluindo os demais licitantes por esse subterfúgio discriminatório e ilícito. Se há razões técnicas e administrativas para a escolha de determinada marca, a Administração deverá comprová-las e efetivar a aquisição às claras, diretamente do produtor, ou de seus vendedores ou representantes comerciais, com ou sem licitação, conforme o caso, mas sempre com lisura e moralidade administrativa no procedimento da aquisição. (CRETELLA JR., 2006, 242)

Outro ponto da Lei nº. 8.666 que merece destaque nesse trabalho, diz respeito à divulgação da licitação. Através dela, torna-se pública a existência do instrumento convocatório, o que permite a participação dos interessados no objeto da licitação, concretizando, desse modo, tanto o princípio da publicidade quanto o da isonomia.

Nesse viés, Marçal Justen Filho ensina que:

A validade da licitação depende da ampla divulgação da sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados. O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório, devendo ser pronunciado a qualquer tempo. (JUSTEN FILHO, 2005, 188)

O edital “é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas” (DI PIETRO, 2007, 360).

O artigo 40¹² da Lei de Licitações e Contratos Públicos estabelece uma série de requisitos que deverão ser observados na elaboração do edital.

¹² Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

Os doutrinadores costumam afirmar que o edital é a lei da licitação, daí a extensão e profundidade de seu conteúdo.

Devido à importância crucial do seu conteúdo para o procedimento licitatório, o edital deve ser redigido com suma atenção pela Administração.

A publicação do edital não necessita ser feita em sua integralidade. É suficiente, segundo o artigo 21 da lei, a publicação de um aviso, que nada mais é do que um resumo do edital, onde deverá constar a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação. (§1º, artigo 21)

Os incisos do artigo 21 obrigam, em regra, uma publicação na imprensa oficial e outra na imprensa comum, destacando que para alguns casos, este número sobe para duas publicações.

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraído-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:

I - o disposto no inciso XI deste artigo;

II - a atualização financeira a que se refere a alínea "c" do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.

A publicação, todavia, deverá observar os prazos mínimos estipulados pelo §2º do artigo 21. No ensinamento de Marçal Justen Filho, “o prazo é tanto mais elevado quanto mais complexa se configurar a elaboração da proposta ou da atividade relativa ao concurso” (JUSTEN FILHO, 2005, 190).

Muito se discute por doutrinadores e parlamentares¹³ a necessidade de mudança nos prazos mínimos definidos pela Lei nº. 8.666, que segundo eles, são demasiadamente longos e acabam por “engessar” o poder público, impedindo maior agilidade na adequação de suas necessidades.

Ainda nessa seara, é preciso destacar os desdobramentos previstos pelo §4º do artigo 21¹⁴ no caso de uma modificação no edital. Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

Se houver modificação superveniente do edital, a Administração tem duas obrigações: 1) divulgar a modificação pela mesma forma em que se deu o texto original; e 2) reabrir o prazo estabelecido no início, salvo quando a alteração não afetar a formulação de proposta (CARVALHO FILHO, 2008, 255)

Dirimidas essas questões, passa-se ao último ponto que necessita ser abordado. Para tanto, parte-se da suposição de que o órgão ou entidade licitante selecionou a modalidade adequada para o fim desejado, publicou o edital de acordo com os ditames da lei e que este não sofreu qualquer alteração ou impugnação.

Tem início, então, o procedimento seletivo que busca a proposta mais vantajosa para a licitação em estrita observância ao conteúdo do

¹³ **Deputado Marco Aurélio cobra mudança na Lei de Licitações**

“O deputado estadual Marco Aurélio (PT) participou de um seminário regional para discutir o Orçamento da União para 2012 e o Plano Plurianual 2012-2015. Com a presença de senadores e deputados federais - o evento foi organizado pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional -, ele aproveitou para pedir que a Lei 8.666, a Lei de Licitações, seja atualizada. Marco Aurélio avalia que a morosidade desse sistema de licitação no Brasil atrapalha o desenvolvimento econômico dos municípios. “Para que possa ter capacidade de investimento é preciso aumentar receita ou diminuir despesa, ou ambos. Uma das coisas que atrapalham é a lentidão da máquina pública”, afirmou. Ele justificou sua crítica lembrando que na época em que foi lançada, em 1993, a Lei 8.666 foi um avanço, mas que deixou de ser ao longo dos anos porque nunca foi atualizada. “A máquina pública, o estado brasileiro, gasta muito tempo e energia com obra, e, conseqüentemente, gasta muito dinheiro. Não é possível uma obra ficar parada 200 dias esperando abrir envelopes (do processo licitatório). Hoje nós temos internet, não deveríamos ter prazos tão longos”, disse.” Texto extraído do sítio: <http://www.resumogeral.org/2011/10/deputado-marco-aurelio-cobra-mudanca-na.htm>

¹⁴ Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

instrumento convocatório, momento denominado usualmente pela doutrina como a fase externa da licitação.

O artigo 43¹⁵ da Lei nº 8.666 descreve sucessivamente a ordem dos procedimentos que deverão ser observados nesse instante.

Inicialmente, será realizada a abertura do envelope com a documentação referente à habilitação dos concorrentes. Os documentos solicitados são exclusivamente aqueles listados pelo artigo 27 da lei, quais sejam: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e; cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve essa fase com precisão:

Na fase de habilitação, a Administração Pública abre, em ato público, os envelopes contendo a documentação, que deve ser rubricada pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§1º e 2º do art. 43). Examinados os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem são considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, fechado, o envelope contendo sua proposta, “desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação” (DI PIETRO, 2007, 365)

¹⁵ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

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

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão

Após a Administração analisar a documentação relativa à habilitação e determinar quais concorrentes estão habilitados para seguir no certame, passa-se abertura dos envelopes com as propostas.

É este o momento que a Administração julga, através dos critérios estabelecidos anteriormente pelo instrumento convocatório, a proposta vencedora do certame.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

O julgamento das propostas é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração. Esse julgamento não é discricionário; é vinculado ao critério que for fixado pela Administração, levando-se em conta, no interesse do serviço público, os fatores *qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes à licitação, indicados no edital ou no convite*. É o que se denomina *julgamento objetivo* (MEIRELLES, 2010, 199)

Esta ordem disposta pelo artigo 43 da Lei nº. 8.666 a ser seguida na fase externa da licitação foi alterada pelo Decreto nº. 3.555, de 08/08/2000 e pela Lei nº. 10.520, de 17/07/2002 que instituiu a modalidade do pregão.

Quando se tratar de aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação, será utilizada a modalidade do pregão. Na fase externa do pregão, diferentemente da ordem estabelecida nas demais modalidades da Lei nº. 8.666, procede-se primeiro a abertura dos envelopes contendo as propostas.

Após a classificação das propostas e também da fase de lances, a Administração optará pela melhor proposta e passará a verificação dos documentos relativos à habilitação.

A alteração na ordem de abertura dos envelopes contendo as propostas e a habilitação ocorreu em razão da busca por maior agilidade nas aquisições, pois como é de sabença, a análise dos documentos de habilitação deve ser feita com máxima atenção e cuidado por parte da Administração, o que demanda considerável tempo.

Como visto, nesse tópico abordaram-se alguns pontos cruciais da Lei nº. 8.666 que foram alterados pela Lei nº. 12.462, quais sejam, a imprescindibilidade do projeto básico na licitação, a vedação da indicação de

marca do bem a ser adquirido, as regras de divulgação (publicidade) do instrumento convocatório e a ordem dos procedimentos que deverão ser observados na fase externa da licitação.

2 EXAME DA LEI Nº. 12.462/11 - REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

2.1 A criação da MPV Nº. 527/11 e sua conversão na Lei nº. 12.462/11.

A Lei nº. 12.462/11 trata da criação da Secretaria Nacional de Aviação Civil, como também do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, mais conhecido como RDC. Como foi devidamente assinalado no presente trabalho, a referida lei é fruto da conversão da Medida Provisória nº. 527 de 2011.

Antes, porém, o Poder Executivo já havia tentado, por três vezes e sem sucesso, instituir as normas especiais do RDC. A primeira foi com a MPV

nº. 489¹⁶ de 2010, que previa regras de licitações e contratos aplicáveis especificamente às obras e serviços relativos à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016, mas perdeu a eficácia por não ter sido apreciada pelo legislativo no prazo determinado pela Constituição.

No mesmo ano, na tramitação da MPV nº 503¹⁷, foi apresentada emenda no seu texto que resgatava as disposições da MPV nº. 489. Contudo, a emenda proposta foi rejeitada, não figurando seu conteúdo na Lei nº. 12.396/11 em que se converteu a MPV nº. 503.

Ainda em 2010, no dia 30 de dezembro, foi proposta a MPV nº. 521¹⁸ que tratava da atividade dos médicos-residentes e do pagamento de uma determinada gratificação. No projeto de lei de conversão apresentado no Plenário da Câmara, foram acrescentados artigos que dispunham do RDC, contudo, diante da resistência da oposição em aprová-los, a MPV 521 perdeu sua eficácia.

Somente na quarta tentativa, durante a tramitação da MPV nº 527¹⁹ de 2011, a base governista acrescentou os dispositivos atinentes ao RDC que foram posteriormente aprovados.

Nesse ponto, faz-se mister ressaltar os aspectos da criação de uma medida provisória e como ocorrerá, se for o caso, seu incorporamento definitivo no ordenamento jurídico.

A medida provisória foi concebida com base no modelo italiano dos *decreti-legge*, que permite a sua adoção pelo Primeiro-Ministro em casos de extraordinária necessidade e urgência. Em sua obra, Pedro Lenza (2008, 370)

¹⁶ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 489, DE 12 DE MAIO DE 2010. (sem eficácia) - Autoriza a União a integrar, na forma de consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica - APO, e dá outras providências.

¹⁷ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 503, DE 22 DE SETEMBRO DE 2010. (Convertida na Lei nº 12.396, de 2011) – Ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO.

¹⁸ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 521, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2010. (sem eficácia) - Altera a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, que dispõe sobre as atividades do médico-residente e prorroga o prazo de pagamento da Gratificação de Representação de Gabinete e da Gratificação Temporária para os servidores ou empregados requisitados pela Advocacia-Geral da União.

¹⁹ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 527, DE 18 DE MARÇO DE 2011. (Convertida na Lei nº. 12.462, 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.

alerta que o modelo italiano é bem diverso do brasileiro, já que lá o sistema de governo é parlamentarista e o artigo 77 da Constituição italiana estabelece que o Primeiro-Ministro adotará o provimento provisório com força de lei, sob sua responsabilidade política.

Nossa Constituição, todavia, não prevê responsabilidade política do Presidente no caso da medida provisória não ser aprovada. Como o objetivo do trabalho é outro, não serão tecidas críticas ao instituto, cabendo destacar que ela é mais apropriada ao sistema de governo parlamentarista, vez que lá o Primeiro-Ministro depende do corpo legislativo para continuar exercendo seu poder e a medida provisória consiste num voto de confiança dado pelo Parlamento ao *premier*.

Estabelece o artigo 62²⁰ da Constituição Federal (alterado pela EC nº. 32/2001) que em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei. Ela só será discutida no

²⁰ 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.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 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.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 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.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Legislativo após sua edição. A relevância e urgência “são os pressupostos formais que deverão ser observados para sua legitimidade. Os pressupostos materiais, por sua vez, dizem respeito à matéria que pode ser regulamentada por uma medida provisória e, nesse viés, o §1º do artigo 62 arrola as matérias vedadas às medidas provisórias” (SILVA, 2008, 352).

Após sua edição, a medida provisória perderá eficácia se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias (§3º do art.62) após sua publicação no Diário Oficial. Este prazo é prorrogável por mais sessenta dias caso a sua votação não tiver sido encerrada nas duas casas do Congresso Nacional (§7º do art.62).

Antes de sua apreciação pelo plenário da Câmara ou do Senado, o §9º do artigo 62 determina que caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer.

Alerta-se que se ela não for apreciada em até quarenta e cinco dias da sua publicação, entrará ela em regime de urgência, ficando sobrestadas todas as demais deliberações legislativas de cada casa do Congresso Nacional até que se proceda a sua votação (§6º do art.62).

Adotada a medida provisória pelo Presidente da República, o Congresso Nacional poderá aprová-la com ou sem alterações, e ainda rejeitá-la tácita ou expressamente, tudo de acordo com a Resolução nº1, de 2002 do Congresso Nacional que dispõe sobre sua tramitação no Congresso Nacional.

No caso de ser aprovada sem alteração no mérito, a medida provisória terá seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação no Diário Oficial da União²¹.

Poderá ser feita emenda desde que a matéria acrescentada seja correlata ao conteúdo da medida provisória²². Nesse caso, o projeto de lei de conversão deverá ser apreciado na Câmara e no Senado Federal para,

²¹ Res. n.º 1/2002 – Art.12. Aprovada Medida Provisória, sem alteração de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, como lei, no Diário Oficial da União.

²² Res. n.º 1/2002 – Art.4º, §4º - É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

posteriormente, ser levado ao julgamento do Presidente da República para sancionar ou vetar a lei de conversão.

Sobre a rejeição tácita, retira-se da obra de Pedro Lenza:

A não-apreciação da medida provisória no prazo de 60 dias contados de sua publicação implicará a sua prorrogação por mais 60 dias, como visto. Assim, após o período de 120 dias, não havendo apreciação pelo Congresso Nacional, a medida provisória perderá a eficácia desde a sua edição (rejeição tácita), operando efeitos retroativos, *ex tunc*, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes por decreto legislativo (art.62, §§ 3º, 4º e 7º). (LENZA, 2008, 376)

Portanto, inexistindo manifestação do Congresso Nacional nos prazos já referidos, a medida provisória perde sua eficácia desde sua edição.

De modo similar, pode o Congresso Nacional rejeitar expressamente a conversão da medida provisória em lei. Caso isso ocorra, deverá ele disciplinar os efeitos dela decorrentes através de decreto legislativo, sob pena de conservação das relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência (§11º, do art.62).

Nesse delinear, cabe destacar que o §10º do artigo 62, veda a reedição, na mesma sessão legislativa (02 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro), de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso do prazo.

Examinados os pontos atinentes a criação e aprovação/rejeição de uma medida provisória, passa-se a análise específica da edição, tramitação e aprovação da MPV nº. 527/2011.

Ela foi publicada no Diário Oficial da União pelo Poder Executivo em 18 de março de 2011. Originalmente seu conteúdo estava restrito a criação da Secretaria de Aviação Civil e alterações na legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO.

Como se tornou praxe na tramitação das medidas provisórias, a comissão mista que deveria examiná-las e sobre elas emitir parecer não foi instalada devido ao trancamento da pauta.

Por oportuno, sintetiza-se a explicação minuciosa dada por Antônio Augusto de Queiros acerca dessa manobra política. Segundo ele, a responsabilidade do trancamento da pauta, em grande medida, é do presidente do Congresso que deixa de cumprir a Res. nº. 1/2002, pois no dia seguinte à publicação de uma MP, deve ser constituída comissão mista para emitir parecer sobre a admissibilidade e mérito da medida provisória num prazo de 14 dias. Constituída a comissão, se os líderes não designarem os membros, compete ao presidente do Senado fazê-lo. Mas, durante todo o Governo Lula, os sucessivos presidentes do Senado não instalaram as comissões destinadas ao exame das MP's, deixando para o presidente da Câmara, sempre um aliado do Governo, designar o relator em plenário, geralmente quando a pauta já está trancada, após 45 dias de edição da MP²³.

A MPV nº. 527/11 foi então encaminhada à mesa da Câmara de Deputados com o acréscimo de 44 (quarenta e quatro) emendas, referentes ao Regime Diferenciado de Contratação.

Em 15 de junho de 2011 foi apresentado no plenário da Câmara o parecer dado pelo Deputado José Guimarães (PT-CE), referente ao projeto de lei de conversão da MPV nº. 527/11.

Através da análise do parecer proferido pelo relator, verificam-se os fundamentos e as razões sustentadas pelo legislador para a inserção das emendas relativas ao RDC.

Logo em seu início, o relator afirma que as emendas apresentadas são pertinentes ao tema abordado originalmente pela MPV, preenchendo, desse modo, um de seus requisitos preliminares:

Ao contrário do que ocorreu em oportunidades anteriores, a Relatoria enxerga na medida provisória, sobre a qual se refere o presente parecer, grande relação de pertinência com o tema. É que não se vislumbram efeitos práticos na alteração institucional sugerida para o setor de aviação civil sem que simultaneamente se atribuam aos titulares de seus postos as condições indispensáveis à solução em caráter emergencial do problema mais notório da área, a precária estrutura que hoje caracteriza a totalidade dos aeroportos brasileiros. Entre esta data e a realização de eventos esportivos de repercussão mundial, que trarão ao País uma quantidade inédita de visitantes,

²³ Antônio Augusto de Queiroz - Excesso de medidas provisórias: um falso debate (Diretor do Diap atribui aos presidentes da Câmara e do Senado a responsabilidade pelo uso de MPs para trancar a pauta do Congresso) – em 15/02/2009. (<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaoforum/excesso-de-medidas-provisorias-um-falso-debate>)

torna-se necessária a realização de obras de grande vulto, cuja efetivação poderá se tornar inviável sob a égide das regras hoje voltadas a disciplinar licitações e contratos administrativos realizadas e celebrados pelo poder público. (2011, 12)

Mais adiante, nas razões expostas em favor da criação do RDC, afirma o relator que as licitações cada vez mais urgentes e necessárias à efetivação da Copa do Mundo e das Olimpíadas só serão bem sucedidas se houverem normas jurídicas capazes de melhorar a eficiência estatal.

Nesse delinear, segue ele criticando a ineficácia do atual sistema licitatório e os repetidos problemas produzidos em seu emprego cotidiano por parte da Administração.

A respeito da nova sistemática adotada, colaciona-se trecho do voto do relator:

De fato, o regime diferenciado que novamente é oferecido, no bojo do projeto de lei de conversão em anexo, à apreciação dos nobres pares, parte, na verdade, de propósitos absolutamente opostos àqueles que vêm sendo alardeados. Ao contrário de aproveitar as incontáveis lacunas da Lei nº. 8.666/93 e levar a efeito despesas maiores do que as que seriam necessárias, o Governo da atual Presidenta, assim como sugeriu seu antecessor, reivindica novas regras para o duro jogo em ao longo dos anos se converteu a realização de obras públicas, de forma a permitir que os interesses da administração sejam finalmente sobrepostos aos dos empreiteiros privados. Esta relatoria dispõe de uma importante análise comparativa, levada a efeito pelo órgão institucional de consultoria, em que se demonstra uma perspectiva em última análise negligenciada pelos meios de comunicação: o regime diferenciado de contratações públicas não advém, ao contrário do que se dissemina, de ideias iluminadas criadas em amparo em sólida experiência prática. Resulta, na verdade, de uma inteligente fusão entre o procedimento licitatório preconizado pelo atual Estatuto das Licitações e o sistema do pregão eletrônico, instituído, registre-se, quando integravam o Governo os que hoje se encontram na oposição. (...) De modo predominante, ao contrário de inovar, o conjunto de regras inserido no PLV em anexo parte de procedimentos já experimentados na prática, ainda que hoje sejam esses critérios aplicados de forma mais limitada. (2011:14/15)

Além da celeridade almejada através da utilização da nova sistemática, ressalta o relator sobre os demais objetivos do RDC, listados no §1º do artigo 1º do projeto de lei de conversão, a saber, preservação do tratamento isonômico entre os licitantes, ampliação da eficiência nas contratações públicas e o estímulo da competitividade entre os que se candidatam a celebrar contratos com a Administração.

Ademais, na visão do relator, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas nasceu da junção entre o sistema do pregão eletrônico e a prática cotidiana na aplicação dos regramentos previstos pela Lei de Licitações e Contratações Públicas.

Em linhas gerais, observa-se que o principal argumento para a instituição do RDC diz respeito à urgência na realização das obras públicas necessárias para os eventos que o país abrigará em breve. Buscar-se-á maior agilidade nas contratações com o novo procedimento.

Após longa votação, foram aprovadas as emendas propostas na MPV nº. 527, que teve sua redação final assinada pelo relator em 28 de junho de 2011. No Senado Federal, o projeto de lei de conversão da medida provisória foi também aprovado. Finalmente, em 05 de agosto de 2011, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº. 12.462, fruto da conversão da supracitada medida provisória.

Cumprido destacar, finalmente, que em 11 de outubro de 2011 foi publicado o Decreto nº. 7.581²⁴ que regulamenta o RDC. Por meio dele foram detalhados diversos aspectos práticos da lei que facilitam sua aplicação e execução por parte da Administração.

2.2 As principais mudanças promovidas no procedimento licitatório pela Lei nº. 12.462/11

A Lei 12.462/11, dividida em quatro capítulos, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; alterou 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

²⁴ DECRETO Nº 7.581, DE 11 DE OUTUBRO DE 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº. 12.462, de 5 de agosto de 2011.

legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); criou a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissões e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autorizou a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários.

O primeiro capítulo da lei, ao longo de seus 47 artigos, dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Em seguida, o segundo capítulo trata do conteúdo original da MPV nº. 527, reorganizando a aviação civil no nosso país e promovendo diversas alterações na legislação sobre o tema. No terceiro capítulo, encontram-se mais artigos referentes às licitações no âmbito do RDC, além de alterações nas operações de crédito relacionadas com os eventos esportivos já mencionados. O último capítulo, por fim, trata das revogações e da entrada em vigor da lei.

Devido à extensão da Lei nº. 12.462/11, que veicula ao todo 70 (setenta) artigos, não é possível examinar e avaliar neste trabalho todas as mudanças trazidas por ela no ordenamento jurídico.

Bem por isso dar-se-á ênfase, a partir desse momento, nos principais pontos da lei que instituiu o RDC.

A começar pelo artigo 1º²⁵, que em seu *caput* e incisos delimita a aplicação do RDC às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos de 2016, Jogos Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e para obras de infraestrutura e contratação de serviços dos aeroportos que estejam localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos jogos.

²⁵ Lei 12.462/11 - 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.

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

No §1º do artigo 1º, a lei lista os objetivos do RDC: preservação do tratamento isonômico entre os licitantes, ampliação da eficiência nas contratações públicas e o estímulo da competitividade entre os que se candidatam a celebrar contratos com a Administração.

Na leitura do §2º do mesmo artigo, observa-se que quando a Administração optar pelo RDC – que deverá constar expressamente no instrumento convocatório – as normas da Lei nº. 8.666/93 serão afastadas, exceto nos casos previstos na lei.

O artigo 2º da Lei 12.462/11 desenvolve uma série de definições em relação ao RDC. Entre elas estão a do projeto básico e a do projeto executivo, que possuem especial ênfase na lei, dispostos nos incisos IV e V, *in verbis*:

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

[...]

IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e

c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução;

V - projeto executivo: conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes;

Os princípios que devem ser atendidos nas licitações e contratações realizadas de acordo com o RDC estão previstos no artigo 3º da lei e são os mesmos constantes na Lei nº. 8.666/93, com o acréscimo dos princípios da eficiência e da economicidade. Trata-se de uma mera previsão expressa, uma vez que tais princípios já eram aplicados nas licitações com fundamento na parte final do artigo 3º da Lei nº. 8.666/93.

A Lei 12.462/11 estabeleceu em seu artigo 4º algumas diretrizes que devem ser observadas, como por exemplo: a padronização do objeto do contrato; padronização dos instrumentos convocatórios e das minutas de contrato; o fracionamento do objeto para possibilitar maior participação dos licitantes; além da observância de normas relativas à proteção ambiental e do patrimônio cultural.

Outra inovação da lei, diz respeito ao orçamento estimado que será sigiloso até o encerramento da licitação. Somente os órgãos de controle externo e interno terão amplo e permanente acesso a este dado. O orçamento sigiloso não se aplica aos casos em que a licitação será julgada pelo maior desconto ou melhor técnica (artigo 6º).

Nesse mesmo viés, prevê o artigo 7º que a Administração poderá indicar uma marca ou modelo na aquisição de bens, desde que formalmente justificado, exigir uma amostra do produto e a certificação de qualidade do mesmo ou de seu processo de fabricação, além de uma carta de solidariedade emitida pelo fabricante que assegura a execução do contrato, caso o licitante seja revendedor ou distribuidor.

No artigo 8º estão elencados os regimes que podem ser utilizados quando se tratar de contratação de obras e serviços de engenharia. São eles: empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa, empreitada integral e contratação integrada. Os §§ 1º e 2º demonstram a preferência da lei pela adoção dos regimes de empreitada por preço global, contratação integrada e empreitada integral, já que os demais regimes só poderão ser aplicados no caso de inviabilidade daqueles.

O §5º do referido artigo dispõe que em todos os regimes, com exceção do de contratação integrada, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente. É imprescindível, entretanto, em qualquer regime previsto na lei para obras e serviços de engenharia a existência de projeto executivo.

A contratação integrada, exaustivamente definida e delimitada no artigo 9º²⁶, compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico

²⁶ Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

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

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
c) a estética do projeto arquitetônico; e

e executivo, a execução das obras e serviços e todas as demais operações necessárias à entrega do objeto contratado. Será fornecido pela Administração somente o anteprojeto de engenharia que deverá contemplar os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço.

Vale destacar que no regime de contratação integrada é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto para os casos de recomposição do equilíbrio-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e por necessidade de alteração do projeto, a pedido da Administração, para melhor adequação técnica, observando os limites do artigo 65, §1º da Lei nº. 8.666/93.

O artigo 10 da Lei 12.462/11 trouxe mais uma novidade no procedimento licitatório. O instrumento convocatório poderá estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade e critérios de sustentabilidade ambiental.

Em decorrência da própria diretriz estabelecida no artigo 4º, o RDC permite que a Administração, através de uma justificativa expressa, contrate mais de uma empresa para execução do mesmo objeto, desde que seja conveniente e possível a realização simultânea. Essa possibilidade só é vedada nos serviços de engenharia.

Em seguida, o artigo 12²⁷ dispõe sobre as fases do procedimento licitatório. Verifica-se, nesse ponto, que a Lei nº. 12.462/11 adotou a inversão

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

²⁷ 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

de fases já instituída pelo Decreto nº. 3.555/00 e pela Lei nº 10.520/02 que tratam da modalidade do pregão. A fase de habilitação, portanto, só ocorre após o julgamento das propostas, para o licitante vencedor.

O parágrafo único do artigo mencionado permite à Administração, mediante ato motivado, anteceder a habilitação à apresentação de propostas e ao julgamento das mesmas. Tal opção, contudo, deverá constar expressamente no instrumento convocatório.

Quanto à fase de habilitação, o artigo 14²⁸ da Lei nº. 12.462/11 adotou, no que couber, os mesmos critérios do artigo 27 ao 33 da Lei nº. 8.666/93. Em qualquer caso, seja invertida a fase de habilitação ou não, os documentos relativos à regularidade fiscal só serão exigidos após o julgamento, para o licitante mais bem classificado. É admitida, também, a participação de licitantes sob a forma de consórcio, que será estabelecida por regulamento. Poderão, ainda, ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental na forma da legislação aplicável.

As regras de divulgação e publicidade do procedimento licitatório e de pré-qualificação estão determinadas no artigo 15 da lei, que prevê como veículos de comunicação o Diário Oficial do ente contratante e um sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações, sendo que para este, pode-se optar pela divulgação no próprio sítio do ente licitante.

Nos casos de obras que não ultrapassem R\$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais) e na aquisição de bens e serviços que não ultrapassem R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), é dispensada a divulgação no Diário Oficial.

VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

²⁸ Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;

III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e

IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

I - será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Quando essa situação ocorrer e o objeto for parcelado, considera-se o valor total da contratação.

No RDC existem dois modos de disputa que poderão ser adotados, o aberto e o fechado, sendo inclusive permitida a conjugação dos dois na forma do regulamento. Para o modo aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, enquanto no modo fechado, as propostas oferecidas serão sigilosas até o momento designado para que sejam divulgadas. Durante a disputa aberta poderão ser apresentados lances intermediários e a mesma poderá ser reiniciada, após a definição da melhor proposta e a colocação das demais, quando existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o seu subsequente (artigo 17).

Todos os critérios de julgamento da licitação estão dispostos no artigo 18, a saber, menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior oferta de preço ou maior retorno econômico. A diferença entre os critérios estão elencadas entre os artigos 19 e 23 da lei.

Nesse compasso, no que diz respeito ao critério do julgamento de técnica e preço, podem ser atribuído valores de ponderação distintos, sendo que este percentual limita-se a 70% (setenta por cento).

Serão desclassificadas as propostas que contenham vícios insanáveis, que não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas ou qualquer outra exigência do instrumento convocatório, que apresentem preços inexeqüíveis ou acima do orçamento previsto e que não demonstrem exeqüibilidade quando exigida pela Administração.

Caso ocorra um empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta; avaliação do desempenho contratual prévio do licitante de acordo com critério de avaliação objetivo já instituído; os critérios listados pelo artigo 3º da Lei nº. 8.248/91²⁹ e

²⁹ Lei nº. 8.248/91 - Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas

aqueles do §2º do artigo 3º da Lei nº. 8.666/93 já listados anteriormente neste trabalho; e, por fim, ocorrerá um sorteio. Poderá ser utilizado ainda, o critério de desempate previsto no artigo 44 da Lei Complementar 123/06³⁰.

A Administração, após o resultado do julgamento, poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado, e caso a proposta deste permanecer acima do orçamento estimado, abre negociação com os demais licitantes segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida.

Afora o caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única que ocorrerá após a habilitação do vencedor. Nessa fase, serão analisados recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor (artigo 27).

Estabelece o artigo 28 que, depois de esgotados os recursos administrativos do procedimento licitatório, será ele encaminhado à autoridade superior que optará entre o retorno dos autos para saneamento de irregularidades, anulação do procedimento em caso de vício insanável, revogação do procedimento por conveniência e oportunidade ou, na hipótese de perfectibilização de todo o procedimento, adjudicação do objeto e homologação da licitação.

Por meio do artigo 29, a lei discorre sobre os procedimentos auxiliares da licitação, que são: pré-qualificação permanente; cadastramento; sistema de registro de preços; e catálogo eletrônico de padronização.

aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

§ 1º Revogado. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. (Redação dada pela Lei nº 11.077, de 2004)

³⁰ Lei Complementar 123/06 - Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Sobre a pré-qualificação permanente, consiste ela no procedimento anterior destinado a identificar os fornecedores ou bens que reúnam condições de habilitação e atendam aos requisitos técnicos e de qualidade da Administração.

Ressalta-se que o §2º do artigo 29 permite à Administração realizar licitação restrita aos pré-qualificados. Este procedimento, contudo, ficará permanentemente aberto aos interessados em participar, e terá validade máxima de um ano.

Quanto à dispensa e inexigibilidade de licitação, o artigo 35³¹ da Lei nº 12.462/11 adota, de maneira idêntica, aquilo que já era previsto nos artigos 24, 25 e 26 da Lei nº. 8.666/93.

Logo após, a lei dispõe sobre os sujeitos que têm suas participações vedadas nas licitações. O §1º do artigo 36 trata da contratação integrada e, desse modo, afasta o impedimento de participação da pessoa física ou jurídica, em consórcio ou não, que elaborou o projeto básico ou executivo correspondente, como também da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado.

Os contratos administrativos firmados com base na Lei nº. 12.462/11 seguirão as normas atinentes ao tema constantes na Lei nº. 8.666/93, com exceção das regras previstas naquela lei. Caso o convocado não assine o termo do contrato, é facultado à Administração revogar a licitação ou convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições assumidas pelo licitante vencedor.

O artigo 45 da lei estabelece os prazos para pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos. Ao seu turno, o artigo 47 dispõe sobre o impedimento de licitar e contratar com os entes federativos, impondo restrição pelo prazo de cinco anos ao licitante que: for convocado e não

³¹ Art. 35. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no RDC. Parágrafo único. O processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação deverá seguir o procedimento previsto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

celebrar o contrato; que apresentar documentação falsa, ou deixar de apresentar documento necessário para sua participação na licitação; atrasar a entrega do objeto da licitação sem motivo que justifique; não manter a proposta com exceção de fato superveniente devidamente comprovado; fraudar a licitação ou o contrato; cometer fraude fiscal ou manter comportamento inidôneo; e der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

O §2º do artigo 47, dispõe que as sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos pela lei.

Por fim, no Capítulo III da Lei nº. 12.462 que veicula as disposições finais está o artigo 65, que trata da aplicação da lei enquanto a autoridade Pública Olímpica define a Carteira de Projetos Olímpicos, *in verbis*:

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Analisou-se até aqui, os principais pontos da Lei nº. 12.462/11 que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Como visto, não foi feito qualquer juízo de valor sobre as mudanças no procedimento licitatório, entretanto, a partir de agora, pontuar-se-ão os aspectos positivos que a lei trouxe no ordenamento jurídico.

2.3 Os aspectos positivos do RDC.

A nova Lei nº. 12.462/11 trouxe inovações, solucionou interpretações e ainda contribuiu positivamente no procedimento licitatório. Pode-se afirmar, nesse compasso, que nem tudo é novidade, em razão das mudanças promovidas resultarem do amplo debate doutrinário, da pacificação da

jurisprudência e da aplicação diária da Lei nº. 8.666/93 pela Administração Pública.

Um exemplo da percepção do legislador quanto ao debate doutrinário, diz respeito ao instrumento convocatório.

Nesse delinear, afirma Marçal Justen Filho que:

Tem-se atribuído à disciplina da Lei nº 8.666 a responsabilidade por dificuldades na gestão da atividade administrativa. Sustenta-se que a uniformidade e exaustividade da regulação legal provocam prejuízos à Administração, que não lograria obter a agilidade indispensável à eficiência na gestão da coisa pública. Deve-se ter cautela com essas acusações, em grande parte não procedentes. O maior fator para os desencontros no curso da licitação reside na má redação dos atos convocatórios. Os defeitos da Lei nº 8.666 são agravados por interpretações mecanicistas, que pretendem enfrentar o diploma legal como se fosse uma espécie de “manual de instruções”, a ser obedecido literal e textualmente. Inúmeros problemas poderiam ser evitados se os editais deixassem de ser meras repetições automáticas do passado. São incluídas exigências dispensáveis e despropositadas. Em contrapartida, regras úteis e necessárias deixam de constar do ato convocatório. (JUSTEN FILHO, 2005,15)

A partir desse panorama dado pelo autor, constata-se que um dos maiores entraves da Lei nº. 8.666/93 está na má redação dos atos convocatórios. Combatendo essa problemática, a Lei 12.462/11 inovou na redação do artigo 4º, I e do artigo 5º, *in verbis*:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

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

A padronização de instrumentos convocatórios e minutas contratuais auxiliam os entes que não possuem o devido assessoramento jurídico na elaboração de seus editais e é assentada como uma das diretrizes do RDC. Adiante, a lei veda que o instrumento convocatório contenha especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias para se alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração. Outro aspecto positivo da Lei nº. 12.462/11 é a inversão de fases veiculada em seu artigo 12. A fase de

habilitação, no RDC, ocorre após o julgamento das propostas, somente em relação ao licitante vencedor. Conforme já abordado nesse trabalho, a lei nesse ponto adotou a inversão de fases já instituída na modalidade do pregão.

Sobre a inversão de fases no pregão, extrai-se da lição de Hely Lopes Meirelles:

Esta é uma das maiores vantagens do pregão. Inverte-se a ordem procedimental: procura-se verificar primeiro quem venceu a etapa comercial, para depois conferir os documentos de habilitação do vencedor. Suprime-se, assim, tempo precioso despendido no exame da documentação de concorrentes que foram eliminados no julgamento das propostas. Se o vencedor não for habilitado, de acordo com as exigências constantes do edital, será verificada a documentação do classificado em segundo lugar, e assim subseqüentemente. (MEIRELLES, 2010, 134)

O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao RDC. Com a inversão de fases, há considerável ganho de tempo da Administração que não mais necessita verificar os inúmeros documentos de todos os licitantes, concentrando-se somente, na documentação do vencedor da fase de lances. Esse instrumento prestigia a eficiência e traz uma nova dinâmica ao procedimento.

Uma inovação importantíssima promovida pela Lei nº. 12.462/11 adotou um posicionamento pacificado na jurisprudência e defendido por alguns doutrinadores.

Para tanto, colaciona-se o artigo 7º, inciso I da lei, que trata da indicação de marca ou modelo no caso de licitação para aquisição de bens, *in verbis*:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade";

A Lei do RDC possibilita a indicação de uma marca ou modelo para aquisição de bens, desde que formalmente justificado. Entre as hipóteses

estão: a necessidade de padronização do objeto (conforme previsto nas diretrizes do artigo 4º); quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender a entidade contratante; quando a descrição do objeto puder ser melhor compreendida pela referência de uma marca ou modelo, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.

Não se trata, portanto, de restringir a competição isonômica. No caso de indicação de uma determinada marca, quando é ela a única que supre as necessidades da Administração, as justificativas deverão demonstrar claramente, em termos técnicos precisos, a natureza singular do bem. Caso o fundamento seja a padronização, o ente licitante deverá apontar na escolha suas vantagens, como por exemplo: economicidade, facilidade de operação e manutenção do bem indicado.

No tocante a indicação de marca para que a descrição do objeto possa ser melhor compreendida, cita-se o posicionamento de Marçal Justen Filho que elucida o tema:

A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº. 8.666. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária de um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu. (JUSTEN FILHO, 200, 142)

Com base nesse entendimento, nota-se o avanço da lei ao possibilitar a indicação de marca. Ela segue, em realidade, a posição do Tribunal de Contas da União já abordada anteriormente nesse trabalho. Assim, na aquisição de bens, poderá à Administração eleger um produto ou marca, desde que formalmente justificado, dentro das hipóteses da lei.

Impõe mencionar também, a redução do formalismo apresentada pela Lei nº. 12.462/11, principalmente nos incisos I e V do artigo 24, que assim dispõem:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

[...]

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

O RDC buscou romper, por conseguinte, com o extremo rigor formalista da Lei nº. 8.666/93, à medida que só desclassifica uma proposta caso ela contenha um insanável vício ou desconformidade com as exigências previstas no instrumento convocatório. O formalismo excessivo foi inclusive alertado pela doutrina com base na prática da Administração:

Modernamente, os editais para grandes obras ou serviços vêm consignando uma *faixa de admissibilidade de erro de cálculo*, dentro da qual não se desclassifica a proposta, retificando-se apenas as incorreções, para o julgamento pelo seu exato valor. Essa faixa tem sido fixada em até 0,1 da estimativa oficial para as variações a maior ou a menor. É altamente louvável esse critério, para se evitar desclassificações por erros insignificantes em relação ao vulto da proposta. O essencial é que o edital estabeleça a possibilidade de correção dos erros de cálculo pela Comissão de Julgamento e fixe o limite de admissibilidade de tais erros. (MEIRELLES:2010:202).

Apesar da lei não delimitar o que é vício sanável, entende-se que é aquele que não compromete tanto a competição isonômica quanto o interesse público.

Há que se ressaltar, ainda, que o artigo 10³² da lei instituiu a possibilidade de estabelecer remuneração variável na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia. Com essa novidade, é possível variar o pagamento, para mais ou para menos, de acordo com o desempenho da empresa contratada.

A remuneração variável poderá ser auferida com base no cumprimento de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega do objeto por parte da contratada, que deverão estar previstas tanto no instrumento convocatório quanto no contrato.

Enfatiza-se finalmente, a instituição de mecanismos interessantes que objetivam o encontro da proposta mais vantajosa para a Administração.

³² Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.
Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Um deles, previsto no inciso II, §1º do artigo 17³³, é o reinício da disputa aberta sempre que houver uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance o do segundo mais bem classificado. Após o resultado do julgamento, há também a possibilidade da Administração negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado, nos termos do artigo 26³⁴.

Como visto, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe inúmeras mudanças nas licitações, algumas com escopo de diminuir a formalidade e dar mais celeridade ao procedimento, outras vêm de encontro com as novas necessidades da Administração.

O Tribunal de Contas da União emitiu uma nota³⁵ com sua posição em relação ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas no dia 15 de junho de 2011, logo após a aprovação das emendas na MPV nº. 527/11 pela Câmara de Deputados:

MP 527 – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)

Com relação à aprovação da Medida Provisória 527 pela Câmara dos Deputados nesta quarta, 15 de junho, o TCU informa que acompanha respeitosamente o trâmite da matéria no Poder Legislativo, não interferindo nos trabalhos a cargo do Congresso Nacional, até porque ainda há destaques do texto pendentes de apreciação pela própria Câmara, além de posterior análise pelo Senado Federal. Sempre que foi chamado a colaborar tecnicamente no estudo de temas relacionados a licitações e contratos, este Tribunal, como órgão responsável pela fiscalização dos recursos públicos federais, nunca se furtou ao debate técnico, inclusive colocando seus auditores à disposição do Parlamento, em observância, também, a sua missão constitucional de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo. Se necessário for, poderá voltar a contribuir por ocasião de novas discussões acerca de aspectos ainda não definitivamente deliberados.

O TCU considera que o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) apresenta avanços que podem aperfeiçoar o controle de recursos

³³ Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:

[...]

§ 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:

[...]

II - o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente

³⁴ Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.

³⁵ Nota retirada do sítio: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/veja-a-posicao-do-tcu-sobre-as-licitacoes-para-a-copa/> (em 05/12/11) - Veja a íntegra da nota com a posição do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para a Copa do Mundo e as Olimpíadas

públicos e o andamento das licitações e contratações (inversão de fases, redução de prazos, publicidade por meio eletrônico, entre outros). Contudo, há aspectos específicos que podem ainda ser discutidos no âmbito do Congresso Nacional, como por exemplo, o regime de execução por contratação integrada.

Tão ou mais importante que dotar o país de uma boa lei, é preciso estimular a cultura do planejamento. Projetos bem elaborados e qualificação de pessoal são requisitos essenciais para adequadamente aplicar a legislação aprovada. Afinal, a lei detém apenas capacidade limitada de influenciar a realidade. A execução adequada dos projetos e a boa gestão dos contratos dependem fundamentalmente de ações complementares que fogem ao escopo da discussão apenas encetada.

Por fim, o TCU esclarece que está atento às práticas adotadas pelos órgãos públicos, não apenas no que se limita ao conteúdo da MP 527. Nesse sentido, considera, também, conforme deliberado na última sessão do Plenário, que em observância ao princípio constitucional da publicidade, seja essencial a ampla disponibilização à sociedade da totalidade dos custos das obras, de modo a assegurar a transparência, a prestação de contas dos gastos públicos e permitir o controle social.

Verifica-se que o TCU adotou posição favorável a maior parte das novidades trazidas pelo RDC, tratando-as como avanços que permitem aperfeiçoamento do controle de recursos públicos e do andamento das licitações. Nesse compasso, frisou que antes de tudo é preciso estimular a cultura do planejamento no país.

Por fim, fez uma ressalva quanto ao regime de contratação integrada e se mostrou em desacordo com o orçamento estimado sigiloso em razão do princípio constitucional da publicidade que garante mais transparência ao procedimento.

3 A LEI Nº. 12.462/11 E A ADEQUAÇÃO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL LICITATÓRIO BRASILEIRO

Apesar da Lei nº. 12.462/11 ter inovado no procedimento licitatório com vistas à Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, muito se discute sua recepção pelo ordenamento jurídico.

Conforme já abordado no tópico anterior, o TCU se manifestou favorável a maior parte das mudanças efetuadas no procedimento através da utilização do RDC, mas faz ressalvas quanto à contratação integrada e o sigilo nos orçamentos estimados.

Nesse sentido, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade com intuito de declarar a Lei nº. 12.462/11 inconstitucional, a saber, a ADI 4645 e a ADI 4655.

A primeira foi protocolada em 25 de agosto de 2011 pelos partidos PSDB, DEM e PSS, utilizando a legitimidade conferida pela Constituição para propô-la, através de seu inciso VIII do artigo 103³⁶. Já a outra foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, em 09 de setembro de 2011, fazendo uso da previsão no inciso VI³⁷ do mesmo artigo.

As duas ADI's possuem fundamentação semelhante. Primeiro, levantam a inconstitucionalidade formal da lei por ter sido acrescentada matéria estranha – no caso os dispositivos atinentes ao RDC – ao que dispunha originalmente a MP nº. 527, o que desrespeita o devido processo

³⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
[...]

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

³⁷ Art. 103. [...]

VI - o Procurador-Geral da República;

legislativo previsto na Constituição. Em seguida, questionam a constitucionalidade de vários artigos da lei em especial daqueles que tratam da contratação integrada e do orçamento.

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se manifestado sobre a recepção da Lei nº. 12.462/11 pela Constituição, utilizar-se-á nesse capítulo a mesma sistemática adotada pelas ADI's no questionamento da constitucionalidade da referida norma.

3.1 A inconstitucionalidade formal da Lei nº. 12.462/11

Na tarefa de analisar a forma como foi concebida a Lei que instituiu o RDC e de que modo sua criação supostamente afronta a Constituição, é preciso recordar os conceitos já examinados no item 2.1 (A criação da MPV Nº. 527/11 e sua conversão na Lei nº. 12.462/11).

A começar pelos requisitos necessários para adoção de uma medida provisória. A Constituição dispõe que nos casos de relevância e urgência, pode o Presidente da República adotar medidas provisórias com força de lei. Frisa-se, nesse ponto, que a Magna Carta incumbiu exclusivamente ao Chefe do Executivo a edição de tal medida.

Noutro prisma, o texto original da medida provisória pode sofrer acréscimos por meio de emendas que serão apresentadas e apreciadas pelo Legislativo. De acordo com a Resolução nº. 1, de 2002 do Congresso Nacional que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias, é vedada a inclusão de emendas que versem sobre matérias estranha àquela tratada na MPV.

Esse ponto da Resolução era previsto anteriormente na Lei Complementar nº. 95 de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, conforme determina o artigo 59³⁸ da Constituição Federal.

³⁸ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Na referida Lei Complementar que regula o processo legislativo, os incisos I e II do artigo 7º discorrem acerca da estrutura e conteúdo a serem observados na criação de uma lei:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:
I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

Do modo semelhante ao que prevê a Res. nº. 1/2002 do Congresso Nacional, uma lei poderá veicular sobre apenas um objeto e não poderá conter matéria que não tenha afinidade, pertinência ou conexão com o mesmo.

Tanto a Lei Complementar nº. 95 de 2003 quanto a Res. nº. 1/2002 do CN pretendem evitar que matérias distintas sejam tratadas num mesmo diploma legal. Essa medida tem como escopo organizar e delimitar a abrangência de aplicabilidade de cada lei no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, colhe-se da obra de Joel de Menezes Niebuhr:

Em linha geral, o Congresso Nacional pode *suprimir* dispositivo de medida provisória que repute não atender aos pressupostos de relevância e urgência e que seja inconstitucional ou inconveniente. Na mesma senda, é possível *glosar* certos dispositivos, implementando alteração de pequena monta a fim de promover ajustes. No entanto, é inviável querer desnaturar a medida provisória, porque haveria a subversão do processo legislativo consagrado na Constituição Federal (NIEBUHR, 2001, 127)

No caso específico da MPV 527 que originalmente tratava da criação da Secretaria de Aviação Civil e alterações na legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, foram adicionados dispositivos que tratam do Regime Diferenciado de Contratações Públicas sob o argumento de que não teriam efeitos práticos mudanças institucionais para o setor de aviação civil se não houvessem instrumentos adequados para solucionar, em caráter emergencial, a precária estrutura aeroviária.

Entretanto a lei foi mais além, e passou a dispor não só sobre as obras emergenciais para os aeroportos como também em relação à tantas outras necessárias para a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

Há evidente impertinência temática, portanto, entre os dispositivos acrescentados ao bojo da MPV 527/11 e seu conteúdo original.

Não foi a outra conclusão que chegou o Procurador-Geral da República, como se observa nos fundamentos expostos na peça exordial da ADI 4655:

A inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art.2º, da CR). Isso 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 veiculados por esse meio (2011, 07)

Justamente em razão da exclusividade conferida ao Chefe do Executivo na edição de medidas provisórias, não pode o Legislativo introduzir pontos sem pertinência temática que originalmente não eram tratados como relevantes e urgentes.

Ainda que se questione que as emendas aprovadas no Congresso Nacional retornam ao julgamento do Presidente da República para sancioná-las de acordo com seus interesses, o Supremo Tribunal Federal entende que nem mesmo a sanção posterior daquele a quem cabia propor a lei, não convalida o vício:

AÇÃO 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. AÇÃO 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 (ADI 2.113, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 157, de 20/08/2009) (grifou-se)

Assim, em decorrência da exclusividade conferida ao Presidente da República para editar uma medida provisória, o acréscimo de matéria estranha em relação à original afronta o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes previstos na Constituição.

Pode-se questionar ainda, que a matéria proposta originalmente na redação da MPV 527/11 não possui caráter de relevância e urgência, pois como o próprio relator do projeto de lei de conversão sustentou em seu parecer, as mudanças institucionais no setor da aviação não teriam efeitos práticos caso não detivessem de instrumentos adequados – no caso o RDC – para solucionar o problema urgente da estrutura precária dos aeroportos.

As medidas originalmente adotadas na redação da MPV 527/11 dizem respeito apenas a modificações na estrutura organizacional dos órgãos do Executivo, sem aptidão para corrigir efetivamente os problemas do setor.

Apesar da discricionariedade do Presidente da República na motivação da relevância e urgência para instituir uma medida provisória, é evidente a ausência de prioridade máxima na matéria tratada originalmente na MP 527/11.

Nesse viés, indaga-se a violação ao artigo 62 da Constituição Federal pela MPV 527/11 e, por conseguinte, da Lei nº. 12.462/11.

3.2 As inconstitucionalidades materiais

Além de questionar a forma como a Lei nº. 12.462/11 foi concebida, pode-se discutir também, a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos atinentes ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Para iniciar essa tarefa, há que se recordar do disposto no inciso XXI, artigo 37, da Constituição:

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

[...]

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

Da leitura do artigo compreende-se que, ressalvadas as exceções previstas na legislação, as obras, os serviços, as compras e as alienações necessárias à Administração deverão ser feitas mediante licitação pública, nos termos da lei.

Como o procedimento licitatório é regulado através da lei e não da mera vontade do administrador, sobressai-se, aqui, o princípio da legalidade.

Por tudo isso, é clara a determinação imposta pela Constituição de que a licitação deve ocorrer com base em regras previstas por lei. A instituição do procedimento licitatório, que a partir da publicação do edital “cria lei entre a Administração e os interessados”, deverá observar todos os preceitos regulados pela lei.

Dentro dessa perspectiva, questiona-se a constitucionalidade dos incisos I e II do artigo 1º e do artigo 65 da Lei nº. 12.462/11, transcritos aqui:

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;

[...]

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Da leitura dos dispositivos constata-se que não é possível determinar com clareza em quais obras, serviços e compras deve ser utilizado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Pelo contrário, a lei determina em seu inciso I, artigo 1º, que será aplicável o RDC aos contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes na Carteira de Projetos Olímpicos que será definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO).

O artigo 65 permite que seja adotado o RDC, enquanto não definida a Carteira de Projetos Olímpicos, para as licitações e contratos que a Administração entender necessários ao cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico e Paraolímpico Internacional.

Já no inciso II, do artigo 1º, foi delegada ao Grupo Executivo – GECOPA 2014 do Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 a faculdade de deliberar sobre quais obras necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014 será aplicado o RDC, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ressalta-se que tanto o GECOPA 2014, quanto a Autoridade Pública Olímpica³⁹ são formados pelo Poder Executivo.

Assim, conclui-se que a aplicação do RDC não está propriamente definida na lei, mas sim por atos posteriores do Executivo.

É daí que se discute a constitucionalidade de tais dispositivos. Ao se transferir ao Executivo o poder de estabelecer a adoção do Regime Diferenciado de Contratações Públicas ocorre manifesta ofensa ao princípio da legalidade garantido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

³⁹ Lei nº. 12.396, de 21 de março de 2011. (Conversão da Medida Provisória nº 503, de 2010) - Ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO.

O mesmo pode-se afirmar também em relação ao regime de contratação integrada, que nos termos da Lei nº. 12.462/11 deverá ter adoção preferencial nas obras e serviços de engenharia. Tratam sobre esse regime o artigo 8º, inciso V, §1º e §5º e em especial o artigo 9º.

A contratação integrada constituiu-se num novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, no qual o contratado é responsável não só pela execução das obras, como também pela elaboração dos projetos executivo e básico. Apesar da preferência da lei por esse regime, sua utilização depende de prévia justificativa técnica e econômica.

Contudo, a contratação integrada apresenta algumas implicações, principalmente no que toca à competição isonômica.

Isso porque, nesse tipo de regime não é necessário que a Administração produza o projeto básico⁴⁰, ficando ele sob responsabilidade do contratado. O projeto básico definido exaustivamente pela Lei nº. 8.666/93 é o meio pelo qual se determina, de forma clara, o objeto da licitação.

Joel de Menezes Niebuhr relaciona, com peculiar distinção, a elaboração do projeto básico com o princípio da isonomia:

Primeiramente, no que tange as obras e serviços, os incisos do §2º do artigo 7º exige como condição para a realização da licitação o projeto básico aprovado; o orçamento com a composição de todos os custos unitários; a previsão orçamentária; e a contemplação de seu produto pelo plano plurianual. Dentre esses requisitos, a exigência de projeto básico é essencial à isonomia, dado que, a teor do inciso IX do artigo 6º, traz consigo o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço”. Conecta-se à isonomia porque faz com que todos os interessados tenham ciência de um projeto que lhes possibilite avaliar suas condições de competição no certame. Obstat-se privilégios de informação ou surpresas no curso do procedimento e mesmo, após a celebração do contrato, ensejando a todos iguais condições de avaliar seu poderio. (NIEBUHR, 2000,116)

A completa e adequada descrição do objeto permite que os interessados avaliem suas condições de participar no certame e,

⁴⁰ Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

[...]

V - contratação integrada.

[...]

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

conseqüentemente, de oferecer uma proposta pertinente. Sem a apresentação de um conjunto de elementos, necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou o serviço, o rito licitatório é falho, incorreto. (CRETELLA JR, 2006, 170).

Ele tem reflexo também, nos requisitos que serão posteriormente verificados na fase de habilitação, conforme sustenta o Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, na petição inicial da ADI 4655:

Além disso, para que a Administração possa fixar as “*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”, é fundamental um delineamento prévio e preciso do objeto licitado. Do contrário, as exigências podem ficar subavaliadas ou serem impertinentes e exageradas, tudo em contrariedade aos postulados que regem a licitação pública, comprometendo, ao final, a sua razão de ser, que é a eleição da melhor proposta para a administração. (2011, 21)

Sobre a relevância que o projeto básico tem no procedimento licitatório, retira-se da jurisprudência do TCU o seguinte acórdão:

SUMÁRIO: FISCOBRAS/2011. RELATÓRIO DE AUDITORIA. VALEC. OBRAS DA FERROVIA DE INTEGRAÇÃO CENTRO-OESTE - FICO. SONDAGENS INSUFICIENTES. PROJETO BÁSICO INADEQUADO. NÃO-INCLUSÃO, NO ESCOPO DO PROJETO EXECUTIVO, DO DETALHAMENTO ESTRUTURAL DAS OBRAS DE ARTE ESPECIAIS. DETERMINAÇÕES CAUTELARES. DILIGÊNCIA. AUDIÊNCIAS. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL.
 1. Determina-se cautelarmente a suspensão da licitação destinada à contratação do serviço de elaboração do projeto executivo, na presença do fumus boni iuris de prejuízo aos cofres da entidade executora das obras, decorrente da realização de sondagens insuficientes por ocasião confecção do projeto básico e da definição incompleta do objeto do projeto executivo, e do periculum in mora de continuidade de certame.
 2. Também em caráter cautelar, determina-se à entidade que se abstenha de realizar nova licitação amparada em projetos básicos eivados de sondagens insuficientes.
 3. Comunica-se à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que foram detectados indícios de irregularidades graves que se enquadram no disposto no inciso IV do § 1º do art. 94 da Lei n. 12.309/2010 (LDO/2011). (Relator Marcos Bemquerer Costa – Acórdão nº 1949/11 do Plenário, de 27/07/2011). (grifou-se)

Nesse viés, a ausência de um projeto básico bem elaborado e um orçamento detalhado dá margem para o subjetivismo no julgamento das propostas o que afeta, logicamente, a competição isonômica entre os licitantes e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

Mesmo que se indague que no regime de contratação integrada previsto na Lei nº. 12.462/11 há necessidade de que o instrumento convocatório contenha anteprojeto de engenharia⁴¹, o grau de detalhamento e precisão do anteprojeto é incomparável ao do projeto básico, pois este é muito mais complexo que aquele.

A ausência de projeto básico também prejudica o §4º do artigo 9º da lei que assim dispõe:

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Como se vê, quando o regime for de contratação integrada é vedada a celebração de termos aditivos, exceto quando estes tiverem o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e ainda quando houver necessidade de alteração do projeto, a pedido da Administração.

É evidente que se a Administração sequer definiu com suficiente precisão o objeto que deve ser executado, serão comuns os aditivos em decorrência de alterações posteriores no projeto da obra.

Se uma licitação sem projeto básico prejudica uma competição isonômica, imagine-se essa situação somada ao sigilo no preço.

⁴¹ Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

[...]

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

Nesse ponto, cabe avaliar também a constitucionalidade do artigo 6º da Lei nº. 12.462/11 que determina o sigilo no orçamento estimado pela Administração até o encerramento da licitação.

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

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

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

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

O legislador introduziu essa novidade com intuito de evitar a prática de elevação dos preços e de formação de cartel. Somente os órgãos de controle externo e interno terão amplo e permanente acesso ao orçamento previamente estimado.

Tal medida pode restar prejudicada caso informações privilegiadas sejam repassadas por agentes públicos corruptos aos integrantes de cartel. Ela também será ineficaz se os licitantes se recusarem a baixar os preços de suas propostas e elas continuarem superiores ao orçamento da Administração, quando será necessário renovar o processo licitatório.

Ademais, o §3º do artigo supramencionado estabelece uma presunção de sigilo, invertendo o preceito constitucional estabelecido pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da CF:

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

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Extrai-se da leitura deste inciso, que a publicidade e a transparência são regra na Constituição. O sigilo só é possível em casos excepcionais,

quando a informação suprimida diz respeito à vida privada e intimidade do cidadão ou diante de uma informação que ameaça a segurança nacional ou da sociedade.

Assim, todas as informações referentes às ações estatais devem ser, em regra, públicas. Tal garantia possibilita o amplo acesso da sociedade na tarefa de verificar a regularidade dos atos praticados pela Administração.

Como os casos excepcionais já foram fixados pela Constituição, não é válida uma norma infraconstitucional que estabelece o sigilo de modo diverso. Pugna-se, desse modo, a constitucionalidade do artigo 6º, §3º da Lei nº. 12.462/11.

CONCLUSÃO

Se por um lado o governo busca dar mais agilidade ao atual procedimento licitatório tendo em vista a proximidade da Copa de 2014 e das Olimpíadas de 2016, por outro não se pode olvidar da isonomia que é inerente ao ideal buscado pela licitação.

No início do primeiro capítulo, verificou-se que a evolução legislativa sobre o tema decorre da modernização dos institutos e das novas necessidades da Administração. A partir daí compreendeu-se melhor a evolução dos institutos, como ocorreu no caso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que avançou e modificou diversos pontos da Lei nº. 8.666/93.

Em que pese às críticas ao RDC, cabe destacar que as mudanças, pela sua própria natureza, sempre serão controvertidas na medida em que propõem um novo paradigma diferente daquele já estabelecido e enraizado no sistema.

Em seguida, através do estudo dos princípios que devem ser observados nas licitações, observou-se que a Constituição Federal impôs a necessidade de licitação com intuito básico de resguardar o interesse público e assegurar a igualdade de todos os interessados. Evidenciaram-se, ainda, os pontos da Lei nº. 8.666/93 que foram contrapostos pela aplicação da Lei nº. 12.462/11.

Na tarefa de entender o real significado da Lei nº. 12.462/11, analisou-se a criação da MPV nº 527/11 e sua posterior conversão em lei. Por meio dela ficou evidente a intenção de urgência, celeridade e informalidade para os novos procedimentos.

Nesse contexto, contrapõe-se a agilidade proposta pela aplicação do RDC frente aos diversos princípios resguardados pela Constituição Federal.

Algumas alterações não trouxeram qualquer prejuízo. Pelo contrário, inovaram ou confirmaram antigas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como por exemplo, a possibilidade de indicação de marca prevista pela nova lei. Outras decorreram da aplicação constante da atual legislação pela

Administração e pode ser observada na inversão de fases proposta pela nova lei feita com base no sucesso promovido pelo seu uso na modalidade do pregão.

Contudo, há mudanças propostas pela lei que vão de frente com alguns princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

Entre as referidas inovações inconstitucionais, está o da contratação integrada, que segundo a Lei nº. 12.462/11, deverá ser adotada preferencialmente para obras e serviços de engenharia. Nesse tipo de regime, não é necessário que a Administração produza o projeto básico, ficando ele sob encargo do contratado.

Como visto, a falta de projeto básico é combatida tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, em razão de não ser possível determinar, de forma clara, o objeto da licitação. Nesse compasso, a sua ausência dá margem para o subjetivismo no julgamento das propostas, prejudicando, desse modo, a competição isonômica entre os licitantes.

Outro ponto importante constatado, diz respeito à concepção da Lei nº. 12.462/11. Ela foi criada a partir da conversão da MPV nº. 527/11, que durante seu andamento sofreu acréscimo dos dispositivos atinentes ao RDC que não constavam em seu texto original. A relação entre a matéria original e a do RDC é altamente questionável, daí a possível inconstitucionalidade formal da lei por não ter respeitado o processo legislativo resguardado pela Constituição em seu artigo 59.

Nesse viés, faz-se uma crítica ao modo pelo qual o governo “impôs” o RDC. O termo empregado justifica-se pela via utilizada, a contestada Medida Provisória. Em vez de apresentar uma reforma na Lei nº. 8.666/93 ou propor um projeto de lei, em que se ensejaria um amplo debate de idéias que corroborariam para uma melhor redação e, conseqüentemente, recepção da lei, o governo optou pela via rápida das Medidas Provisórias.

Até mesmo a urgência e relevância são questionáveis, pois já era de conhecimento de todos há mais de três anos, no caso da Copa de 2014, e há mais de um ano, no caso das Olimpíadas, que o Brasil fora escolhido como sede para esses eventos. Pergunta-se o porquê da conduta omissiva tanto do

Executivo quanto do Legislativo nesse interregno temporal. A agilidade tão buscada pela criação desse regime pode restar frustrada ante o possível reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.

Não se quer desmerecer aqui as inovações positivas instituídas pela Lei nº. 12.462/11, mas analisando-a a partir de um ponto de vista mais amplo, é evidente a ausência de discussão acerca de certos dispositivos, o que gera um clima de dúvidas e incertezas ante a possibilidade da mesma ser declarada inconstitucional.

É preciso destacar que os problemas apontados não têm caráter meramente formal. Alguns artigos da lei criam situações embaraçosas que podem afastar da Administração tanto a escolha da proposta mais vantajosa, quanto o tratamento igualitário entre os interessados, desrespeitando, desse modo, o princípio da licitação consagrado pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: em 20 nov. 2011.

_____. **Lei nº. 8.666/93**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> Acesso: em 21 nov. 2011

_____. **Lei nº. 12.462/11**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso: em 21 nov. 2011

_____. **Lei Complementar nº. 95/98**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm> Acesso: em 05 dez. 2011

_____. **Lei Complementar nº. 123/06**. Disponível em:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2006/leicp123.htm>> Acesso: em 22 nov. 2011

_____. **Lei nº. 5.456/68**. Disponível em:
<<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5456-20-junho-1968-359252-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso: em 18 nov. 2011

_____. **Decreto-Lei nº. 200/67**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso: em 18 nov. 2011

_____. **Decreto-Lei nº. 2300/86**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm> Acesso: em 18 nov. 2011

_____. **Medida Provisória nº. 489/10.** Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Mpv/489.htm> Acesso: em 25 nov. 2011

_____. **Medida Provisória nº. 503/10.** Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Mpv/503.htm> Acesso: em 25 nov. 2011

_____. **Medida Provisória nº. 521/10.** Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Mpv/521.htm> Acesso: em 25 nov. 2011

_____. **Resolução nº. 1/2002 do Congresso Nacional.** Disponível em:
 <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso: em 27 nov.2011

_____.<[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=CB1F3F83BA0173DD112C03A551D8D37F?key=ACORDAO-LEGADO-92972&texto=696d706f72742545326e6369612b646f2b70726f6a65746f2b622545317369636f&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=CB1F3F83BA0173DD112C03A551D8D37F?key=ACORDAO-LEGADO-92972&texto=696d706f72742545326e6369612b646f2b70726f6a65746f2b622545317369636f&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;)> Acesso em: 03 dez. 2011

CAPELLA, Eduardo Goeldner. **Licitações: Instruções Didáticas: Lei de Licitações.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 19.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JR., José. **Das licitações Públicas.** 18.ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (incluindo a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº. 11.079, de 30-12-2004, e a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº. 8.429, de 02-06-1992).** 6.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da Medida Provisória**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 10.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. **Excesso de medidas provisórias: um falso debate**. Disponível em:

<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaoforum/excesso-de-medidas-provisorias-um-falso-debate/> Acesso em: 15 nov. 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.