Núcleo de Estudos e
Pesquisas do Senado

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: comentários à Lei nº 12.462, de 2011

Renato Monteiro de Rezende

Textos para Discussão 100

Agosto/2011

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Doris Marize Romariz Peixoto – Diretora Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguin – Diretor

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado

Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 10, de 2011, o Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal tem por missão organizar, apoiar e coordenar projetos de estudos e pesquisas que visem à produção e à sistematização de conhecimentos relevantes para o aprimoramento da atuação do Senado Federal.

Contato:

nepsf@senado.gov.br

URL: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html

ISSN 1983-0645

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011

Renato Monteiro de Rezende[1]

RESUMO:

A Lei nº 8.666, de 1993, que instituiu normas gerais para licitações e contratos administrativos, é frequentemente criticada sob o argumento de que, com seu grande número de prescrições burocráticas, ela seria incapaz de assegurar rapidez ao processo licitatório, além de não garantir condições vantajosas para a Administração Pública nos contratos que celebra. Arguindo urgência no estabelecimento de novas regras para as licitações e contratos necessários à construção de infraestruturas para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.462, de 2011, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Em lugar de promover uma reforma na Lei Geral, o Poder Legislativo Federal optou por criar regulação específica, limitada nos âmbitos objetivo, subjetivo, temporal e espacial, e que permite seja afastada a incidência da Lei nº 8.666, de 1993, das licitações e contratos vinculados àqueles eventos desportivos. A possibilidade de legislação específica contrariar os preceitos de lei editada com base na competência da União para instituir normas gerais é, contudo, rechaçada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Este trabalho se dedica ao exame da constitucionalidade da Lei do RDC, com destaque para a questão da infringência às normas gerais da Lei nº 8.666, de 1993. Analisa também as principais inovações da Lei, entre as quais a regra do orçamento sigiloso, a figura da contratação integrada e a extensão dos procedimentos da modalidade pregão a todas as licitações realizadas no âmbito do RDC.

PALAVRAS-CHAVE: licitação – contrato administrativo – normas gerais – legislação específica – Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016.

---

[1] Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário.

ABSTRACT:

Law No. 8666/93, which established general rules on public biddings and procurement, is often criticized with the argument that neither rapid bidding procedures nor a good value for money in government contracts could be ensured by its numerous bureaucratic provisions. Arguing urgency in introducing new rules on public biddings and contracts related to the infrastructure necessary for the 2014 World Cup and the 2016 Olympics, Brazilian Parliament passed Law No. 12.462/11, which created the differentiated regime for public contracting (DRC). Instead of promoting reform in the framework law, the Federal Legislative Branch enacted a specific statute, circumscribed in all spheres of application: material, subjective, temporal and territorial. Besides, the new regulation permits to prevent general provisions of Law No. 8666/93, in biddings and contracts associated with those sporting events. The possibility of a specific legislation contrary to the precepts of the framework law is, however, rejected both by doctrine and the tribunals. This article examines the constitutionality of DRC Law, focusing on the infringement of Law No. 8666/93. It also discusses the most important innovations of Law No. 12.462/11, including the confidential reserve price rule, the turn-key contract and the use of typical reverse auction procedures for all biddings conducted according to the DRC rules.

KEYWORDS: public bidding – public procurement – framework law – specific legislation – 2014 World Cup and 2016 Olympics.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO 6
II. ASPECTOS HISTÓRICOS E TRAMITAÇÃO DA MPV NO CONGRESSO NACIONAL 7
III. DA INFRINGÊNCIA À LEI COMPLEMENTAR Nº 95, DE 1998 8
IV. ASPECTOS GERAIS DO RDC E INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 12
V. REGRAS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO RDC 23
A) OBJETO DA LICITAÇÃO 23
B) PROCEDIMENTO LICITATÓRIO 27
C) PROCEDIMENTOS AUXILIARES ÀS LICITAÇÕES 36
D) OUTRAS DISPOSIÇÕES 37
VI. O ORÇAMENTO SIGILOSO 38
A) CONTRARIEDADE À LEI GERAL DE LICITAÇÕES 38
B) SOBRE A CONVENIÊNCIA E EFICÁCIA DO ORÇAMENTO SIGILOSO 40
C) A DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO DA LICITAÇÃO NO DIREITO COMPARADO 43
VII. A CONTRATAÇÃO INTEGRADA 45
VIII. REGRAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS NO ÂMBITO DO RDC 49
IX. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS, IMPUGNAÇÕES E RECURSOS 53
X. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS 54
XI. DISPOSIÇÕES FINAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DO RDC 55
XII. CONCLUSÃO 56
BIBLIOGRAFIA 57

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011

I. INTRODUÇÃO

Em 4 de agosto de 2011, foi sancionada a Lei nº 12.462, que *institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO; cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.*

A Lei é oriunda da Medida Provisória (MPV) nº 527, de 2011, cujos 18 artigos originais limitavam-se a criar a Secretaria de Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, e a autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo.

Durante a tramitação da MPV na Câmara dos Deputados, foi apresentado projeto de lei de conversão que acrescentou ao texto original um conjunto de disposições sem correlação com ele, destinadas a reger as licitações e contratos necessários à Copa do Mundo de Futebol de 2014 e às Olimpíadas de 2016. O texto sancionado pela Presidente da República constitui uma verdadeira lei *ad hoc*, que permite excluir a aplicação, naquelas licitações e contratos, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei Geral de Licitações e Contratos.

A nova Lei possui algumas inovações positivas e que bem poderiam constar da própria Lei Geral. Conquanto já se encontrasse pendente de deliberação, pelo Senado Federal, projeto de reforma da Lei nº 8.666, de 1993, o Governo resolveu optar pela via rápida do processo legislativo das medidas provisórias, convencendo sua base congressual a inserir no texto da MPV nº 527, de 2011, a nova regulação das licitações e contratos para os mencionados eventos desportivos.

Sendo do conhecimento de todos, há mais de três anos, no caso da Copa do Mundo, e há mais de um ano, no caso das Olimpíadas, que o Brasil sediará os jogos, cabe perguntar por que o Poder Executivo não encaminhou, há mais tempo, um projeto

de lei ao Congresso Nacional, tampouco acionou sua base para aprovar o projeto de reforma da Lei Geral em tramitação. O afã de recuperar o tempo perdido mediante a lei recentemente aprovada pode, contudo, resultar em frustração ou, no mínimo, levar a prolongadas discussões judiciais, exatamente o contrário da celeridade pretendida pelo Governo. Com efeito, há ponderáveis razões no sentido da inconstitucionalidade da nova lei. O presente trabalho se dedica ao exame dessas razões, bem como das principais inovações da Lei nº 12.462, de 2011.

II. ASPECTOS HISTÓRICOS E TRAMITAÇÃO DA MPV NO CONGRESSO NACIONAL

Como tem ocorrido invariavelmente no processo legislativo das medidas provisórias, não foi constituída a comissão mista prevista no art. 62, § 9º, da Constituição Federal, para emitir parecer a respeito da MPV nº 527, de 2011. Na Câmara dos Deputados, foi apresentado parecer de Plenário pelo Relator, Deputado José Guimarães, em 15 de junho de 2011, que concluiu pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 17, de 2011, no qual as previsões iniciais da medida provisória passaram a ter caráter acessório, à vista da introdução de todo um capítulo, composto por 47 artigos, destinado a regular o assim denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

A votação da MPV, na Câmara dos Deputados, foi concluída em 28 de junho de 2011, com apenas duas alterações no texto do PLV (arts. 9º e 39, a seguir comentados). No Senado, o texto do PLV foi aprovado em 6 de junho de 2011, sem alterações de mérito.

O Poder Executivo já tentara, por três vezes e sem sucesso, instituir normas especiais para licitações e contratos referentes à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A MPV nº 489, de 2010, previa regras de licitações e contratos aplicáveis especificamente às obras e serviços relativos àqueles eventos desportivos, mas perdeu a eficácia, por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo constitucional.

Também na tramitação da MPV nº 503, de 2010, foi apresentada emenda a seu texto que resgatava disposições da MPV nº 489, de 2010. Tal emenda foi rejeitada, não figurando seu conteúdo na Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, na qual se converteu a MPV nº 503, de 2010.

Durante a tramitação da MPV nº 521, de 2010, na Câmara dos Deputados, a Relatora da matéria em Plenário, Deputada Jandira Feghali, chegou a apresentar parecer que concluía pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 11, de 2011,

constituído por 53 artigos, dos quais apenas os dois primeiros e os dois últimos tratavam da matéria originalmente constante da MPV. Todos os demais dispunham sobre o RDC.

Diante das resistências que surgiram em relação aos dispositivos do PLV referentes ao RDC, bem assim da proximidade do fim do prazo de vigência da MPV nº 521, de 2010, foi submetida a votação e aprovada, no Plenário da Câmara, uma nova versão do PLV, da qual não mais constavam os dispositivos atinentes ao RDC. A MPV perdeu, porém, a eficácia em 1º de junho de 2011, antes que houvesse deliberação do Plenário do Senado Federal sobre ela.

Somente na quarta tentativa, na tramitação da MPV nº 527, de 2011, o Poder Executivo logrou êxito em ver aprovado o RDC. Disso resultou uma lei casuística, constituída por 69 artigos, e que, em seu Capítulo I, permite seja afastada a aplicação da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aos certames necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Os dispositivos do texto original da MPV nº 527, de 2011, passaram a constituir os Capítulos II e IV da Lei nº 12.462, de 2011. Por fim, o Capítulo III da Lei, além de conter dois artigos referentes às licitações no âmbito do RDC, promoveu, noutros três, alterações na legislação referente às operações de crédito realizadas pelos entes federados, para regular tais operações quando disserem respeito a projetos relacionados aos eventos desportivos supracitados.

III. DA INFRINGÊNCIA À LEI COMPLEMENTAR Nº 95, DE 1998

Como já mencionado, diversamente do que constava do texto original da MPV nº 527, de 2011, a Lei nº 12.462, de 2011, reserva todo um capítulo ao RDC. Em assim o fazendo, contraria a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que *dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal*. Fere, em especial, os incisos I e II de seu art. 7º, segundo os quais, excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto e não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

A MPV nº 527, de 2010, tratava de matéria distinta dos arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462, de 2011, que versam sobre o novo regime de licitações e contratos. O relator da matéria na Câmara dos Deputados sustentou a relação de pertinência entre o RDC e as disposições constantes do texto original da MPV sob o argumento de que

> não se vislumbram efeitos práticos na alteração institucional sugerida para o setor da 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.

Tal justificativa não tem o condão de demonstrar o atendimento dos requisitos exigidos pela Lei Complementar nº 95, de 1998. Em primeiro lugar, o vínculo alegado somente poderia se referir às licitações e contratos para a construção ou ampliação de aeroportos, ao passo que as novas normas de licitação se aplicarão à totalidade das obras, serviços e compras necessárias à realização dos eventos desportivos vindouros e promovidas por todos os entes federados no território dos quais os jogos ocorrerão.

Ademais, o raciocínio desenvolvido pelo relator da MPV na Câmara dos Deputados confunde *causa ou razão comum* com *afinidade, pertinência ou conexão de matérias*. Pode-se sustentar que, tanto as alterações na estrutura administrativa do Governo Federal quanto aquelas nas regras de licitações e contratos apresentam, entre suas justificativas, a necessidade de preparação do País para a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Isso não significa, contudo, que haja identidade, similitude ou afinidade entre os objetos ou matérias.

Uma mesma causa pode ensejar a adoção de várias medidas, distintas e não vinculadas materialmente umas às outras. Basta pensar, por exemplo, no combate à pobreza, que pode servir de justificativa para a instituição de programas de transferência de renda, a construção de habitações populares, a criação de programas de qualificação profissional e mesmo medidas macroeconômicas de impacto mais genérico sobre a população. Embora a razão para tais providências possa ser uma só, seus objetos são diversos. A não ser desse modo, a previsão do art. 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998, resultará vazia, pois tudo poderá ser reconduzido a uma finalidade comum genérica, tal como o *bem público*.

O que a Lei Complementar pretende é justamente evitar que matérias distintas sejam tratadas em um mesmo diploma legal, o que ocorre *in casu*, já que não há como estabelecer um vínculo material entre normas de licitações dirigidas a diversos entes da Federação e a alteração da estrutura administrativa do Poder Executivo federal.

Cabe aduzir que se encontra pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal (STF), o Mandado de Segurança nº 30.495, no qual se discute exatamente a questão da contrariedade, na tramitação da MPV nº 521, de 2010, dos mencionados comandos da Lei Complementar nº 95, de 1998. Conforme noticiado no sítio eletrônico do Excelso Pretório[2]:

> De acordo com o impetrante [...], o fato de a medida dispor sobre assuntos distintos, como a atividade dos médicos-residentes e gratificações de pessoal requisitado pela Advocacia-Geral da União, fere o processo legislativo constitucional e o disposto no artigo 7º da Lei Complementar nº 95, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

[2] Cf.: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=176236&caixaBusca=N. Acessado em 5 de agosto de 2011.

> Diante disso, o impetrante pede que seja concedida medida liminar a fim de determinar a divisão da Medida Provisória nº 521 em duas propostas de igual natureza.
>
> Por fim, pede que seja concedida a segurança pleiteada para o fim de reconhecer a ilegalidade do ato, ou seja, a impossibilidade de se veicular, em uma única medida provisória, mais de um objeto, por infração do artigo 7º, incisos I e II, da LCP 95.

A liminar nesse mandado de segurança foi indeferida pelo Relator, Ministro Luiz Fux, em 10.5.2011. Na decisão, o Ministro assinalou:

> Quanto à ilegalidade deflagrada pela MP nº 521, cumpre destacar que as matérias nela contidas não se apresentam como completamente desconexas, tal como proposto na peça vestibular, por isso que, de um lado, prevê a remuneração e o regime jurídico aplicável aos médicos-residentes, e de outro, a prorrogação de gratificações a agentes requisitados pela Advocacia-Geral da União. Os temas não são distantes, eis que cuidam de questões afetas à retribuição de agentes públicos, quais sejam os médicos residentes e os servidores lotados na AGU. Não se entrevê, assim, ofensa ao propósito da Lei Complementar nº 95, qual o de evitar a edição de atos legislativos com caudas introduzidas no apagar das luzes e sobre temas completamente distintos entre si. Ao revés, há, no caso dos autos, um liame entre os temas veiculados na MP nº 521, comandos que, na sua essência, buscam detalhar questões afetas a agentes públicos federais.

Ora, o indeferimento da liminar não se deu porque o Relator entendesse que a MPV estaria dispensada de observar os ditames da Lei Complementar nº 95, de 1998. Ao contrário, do raciocínio desenvolvido na decisão pode-se concluir que o Ministro reconheceu implicitamente tal relação de sujeição. Não fosse assim, bastaria indeferir a liminar sob o fundamento de que as MPVs estariam isentas de atender aos preceitos da citada Lei Complementar. O Relator tão-só concluiu que os temas abordados naquela MPV (remuneração de médicos residentes e gratificações de servidores da AGU) guardavam proximidade.

O Ministro Relator apenas indeferiu a liminar no referido mandado de segurança. Como se trata da primeira vez em que o STF é chamado a se pronunciar explicitamente a respeito da submissão do processo e dos atos legislativos aos ditames da citada Lei Complementar, nem mesmo a jurisprudência da Corte contribui para a formulação de qualquer prognóstico sobre que decisão será adotada. De qualquer modo, como a MPV nº 521, de 2011, perdeu a eficácia, por não ter sido apreciada dentro do prazo constitucional, é possível que o processo seja extinto, por perda de objeto superveniente à impetração, tal como já requerido pela Advocacia-Geral da União.

A Lei Complementar nº 95, de 1998, foi editada em cumprimento ao parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, segundo o qual *lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.* As normas

constitucionais não podem ser interpretadas como destituídas de qualquer normatividade, nem se pode pensar que o constituinte teria determinado ao legislador a edição de leis que, ao fim e ao cabo, não produzissem efeito algum. Assim, a inobservância da Lei Complementar nº 95, de 1998, deve acarretar consequências, sob pena de desmoralização da atividade legiferante e do próprio texto constitucional.

O argumento de que o controle da observância dos requisitos estipulados no art. 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998, conduziria à judicialização de toda a produção legislativa não constitui razão para se ignorar os comandos daquela Lei. Exame similar já é feito atualmente quando se discute a observância, no processo legislativo, de diversos dispositivos da Constituição Federal, entre os quais os que vedam: a) seja objeto de nova proposta de emenda à Constituição, na mesma sessão legislativa, matéria rejeitada ou havida por prejudicada (art. 50, § 5º); b) constitua objeto de novo projeto de lei, na mesma sessão legislativa, a matéria constante de projeto de lei rejeitado, salvo quando proposto pela maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional (art. 67); c) seja reeditada, na mesma sessão legislativa, medida provisória que tenha sido rejeitada ou tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (art. 62, § 10). Além disso, em matéria orçamentária, a Constituição veda emendas ao projeto de lei do orçamento anual que não guardem relação com os dispositivos do projeto de lei (art. 165, § 1º, III, *b*).

Em todas as hipóteses mencionadas, o exame de similitude ou identidade de conteúdos é necessário. A experiência tem demonstrado que, a despeito de tal exame comportar algum grau de subjetivismo, essa circunstância não obsta a aferição da observância dos citados preceitos constitucionais pelo Poder Judiciário, tampouco tem levado a uma proliferação exacerbada de ações diretas de inconstitucionalidade com esse fundamento.

De resto, no caso específico da inserção, em medidas provisórias, de matérias diversas das constantes em seu texto original, ainda se pode criticar a tentativa de contornar os trâmites legislativos ordinários, para possibilitar a aprovação, de afogadilho, de normas que não tenham sido objeto de exame pelas comissões temáticas das Casas do Congresso Nacional. Não é demais lembrar que a razão de ser do regime expedito de tramitação das medidas provisórias vincula-se aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência dessa espécie normativa. Por fim, as próprias normas regimentais de tramitação das medidas provisórias reforçam os multicitados comandos da Lei Complementar nº 95, de 1998, ao vedarem *a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória* (art. 4, § 4º, da Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 8 de maio de 2002).

IV. ASPECTOS GERAIS DO RDC E INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI

A Seção I do Capítulo I da Lei nº 12.462, de 2011, trata dos aspectos gerais do RDC, disciplinados pelos arts. 1º a 4º.

O art. 1º versa sobre o âmbito de aplicação do RDC, limitando a incidência das novas regras às licitações e contratos necessários à realização: a) da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014; b) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; c) das obras de infraestrutura e dos serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos retrocitados eventos desportivos. Nos termos do § 2º do citado artigo, a adoção do RDC *resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993.*

Não existe outra forma de qualificar a previsão do § 2º do art. 1º da Lei senão como uma verdadeira teratologia jurídica. Senão, vejamos.

A União detém competência legislativa para instituir *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*, como prescrito no art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

No modelo vigente de repartição de competências entre os entes federados, a Constituição atribui à União o poder de editar normas gerais sobre determinadas matérias, normas com as quais a legislação suplementar dos Estados deve ser compatível.

O conceito de norma geral já foi objeto de diversos trabalhos doutrinários[3]. Nenhum deles, contudo, foi capaz de fornecer uma definição que, nos casos concretos submetidos ao intérprete, conferisse-lhe total segurança na classificação, como gerais, das normas constantes de legislação editada pelo Congresso Nacional, com base na competência para expedir normas dessa natureza. É clássica a definição de Carvalho Pinto, formulada, ante a aludida dificuldade, em termos negativos:

> a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;
>
> b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie;

[3] Estudo aprofundado sobre o tema, que compila extenso repertório doutrinário, foi produzido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, out/dez 1988, pp. 127-162).

> c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.[4]

Ora, se não constituem normas gerais as que se impõem a apenas algumas pessoas jurídicas de direito público ou que visam, particularizadamente, determinadas situações, a Lei nº 12.462, de 2011, não pode ser considerada como composta por normas gerais. Ela estabelece disciplina diferenciada para os certames e contratos necessários à realização dos mencionados eventos desportivos (perspectivas objetiva e temporal). Não fixa normas que regulariam as licitações e contratos dos entes federados em geral, mas apenas daqueles onde serão realizados os eventos e construída a infraestrutura necessária à sua realização (perspectivas subjetiva e espacial). A proposição é, pois, limitada em quatro dimensões: objetiva, subjetiva, temporal e espacial. Se as normas nela contidas não são gerais, o legislador federal carece de competência para editá-las. Normas de licitação editadas pela União que não se qualificam como gerais somente podem ser dirigidas à administração pública federal.

Mesmo que as novas regras fossem dirigidas exclusivamente à administração pública federal, somente poderiam ser reputadas válidas se compatíveis com as normas gerais presentes na Lei nº 8.666, de 1993. E o que faz a Lei? Pura e simplesmente autoriza seja afastada a aplicação da Lei Geral de Licitações. É de clareza solar que o legislador de cada ente, ao editar normas específicas sobre licitações e contratos, deva observar a Lei Geral. Não fosse assim, a Lei Geral seria um nada jurídico, contornável ao mero talante do legislador de cada ente federado.

Cumpre reconhecer que, na visão de boa parte da doutrina, a Lei nº 8.666, de 1993, apresenta inúmeros dispositivos que não se qualificam como normas gerais, dado o seu detalhismo. Nenhum estudioso sustenta, porém, que a referida Lei seja constituída exclusivamente por normas de viés particularizante e incompatível com o grau de abstração que se espera de uma norma geral[5]. Ora, se há normas gerais na Lei nº 8.666, de 1993, a Lei do RDC não poderia afastar de todo a sua aplicação, como o faz no § 2º de seu art. 1º. Visível, pois, a inconstitucionalidade da Lei nesse ponto.

---

[4] CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 41. Na mesma linha, Moreira Neto (*op. cit.*, p. 149) assinala que as normas gerais *devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (...); devem ser uniformes para todas as situações homogêneas (...);* e *não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado.*

[5] A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala: *No caso da Lei nº 8.666, é manifesta a inconstitucionalidade do art. 1º, ao considerar como normas gerais todas as disposições contidas na lei, já que a mesma praticamente esgotou a matéria de licitação e contrato. Nada restou para Estados e Municípios legislarem. Mas não existe a mesma manifesta inconstitucionalidade ao analisar-se os vários dispositivos da lei, porque são muito poucos aqueles em que se pode afirmar, com certeza, que são ou que não são normas gerais* (*Temas polêmicos sobre licitações e contratos.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 22).

Outrossim, se, por absurdo, a Lei nº 8.666, de 1993, somente contivesse normas especiais, ou se somente normas especiais dessa Lei tivessem sua incidência afastada no âmbito do RDC, ainda assim se poderia concluir, com acerto, pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.462, de 2011. Admitindo-se que, nos pontos de colisão com a Lei nº 8.666, de 1993, a Lei do RDC apenas estaria veiculando normas especiais derrogantes de normas também especiais daqueloutro diploma legal, faleceria competência à União para impor tais normas a outros entes federados[6]. Com efeito, em matéria de licitações, a legislação da União só é vinculante para Estados e Municípios quando se trata de normas gerais (e, por isso mesmo, imposta a todos os entes).

Nem se diga que, por ser o RDC de aplicação facultativa, não existiria ofensa à Constituição. As regras constitucionais de competência legislativa devem ser observadas independentemente da natureza do comando normativo produzido no seu exercício, se imperativo, proibitivo ou permissivo. E, ao criar o RDC, a Lei nº 12.462, de 2011, fixou condições e procedimentos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito daquele regime. A adoção do RDC implica a sujeição a todas as regras nele previstas.

Em sede de licitações, a dificuldade em definir o que sejam normas gerais é agravada pelo próprio aspecto processual, que está na essência dos certames públicos. A licitação nada mais é do que um conjunto ordenado de procedimentos dirigidos a uma determinada finalidade. Dizer, portanto, que normas a respeito de procedimentos não poderiam se qualificar como gerais, por descerem a pormenores e cuidarem de particularidades, é praticamente negar que possam existir normas gerais sobre licitações, o que, à luz do ordenamento constitucional vigente, seria disparatado. Por isso mesmo, Marçal Justen Filho assinala que a fórmula utilizada no art. 22, XXVII, da Lei Maior, ao aludir a normas gerais sobre licitações, *em todas as modalidades*, deixou claro o intuito do constituinte de *assegurar que o conceito de norma geral abrangesse a disciplina dos diferentes procedimentos licitatórios*[7]. Ademais, como observou Rubens Gomes de Souza[8] a respeito das normas gerais:

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

---

[6] Diversos dispositivos da Lei deixam claro que as normas do RDC se aplicam não apenas à União, mas também aos Estados e Municípios que licitarem e contratarem obras, serviços e aquisições necessários à realização dos eventos desportivos nela referidos. A esse respeito, confiram-se os arts. 1º, 8º, § 6º, 15, § 1º, 43 e 66 a 68.

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2004, p. 14. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências Administrativas dos Estados e Municípios – Licitações. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994, p. 36.

[8] Normas gerais do Direito Financeiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 37, jul./set. 1954, p. 15.

O extenso rol de matérias disciplináveis conjuntamente pela União e pelos Estados, constante do art. 24 do texto constitucional, inclui, por exemplo, produção e consumo, proteção ao meio ambiente, educação e ensino, proteção e defesa da saúde. Ninguém dirá que a proibição de comercialização de determinados produtos nocivos à saúde em escala nacional possua caráter apenas principiológico ou conceitual. E, dado o interesse público envolvido e a necessidade de uniformização das medidas estatais em relação a temas como esse, dificilmente se poderá recusar competência legislativa à União para discipliná-los, ainda que, em determinadas situações, o caráter geral da norma esteja mais vinculado ao seu âmbito territorial de aplicação do que à generalidade do objeto regulado. Sob essa perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello[9] sustenta:

> [C]umpre reconhecer como incluído no campo das normas gerais a fixação, pela União, de padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção. É que este malefício evidentemente poderia ocorrer, seja por inércia de certos Estados, seja em determinados casos mais específicos, por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição dos ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica. [...] Por sem dúvida, se adotada intelecção que limitasse a competência da União à simples enunciação de princípios, os riscos para a salvaguarda de interesses capitais seriam evidentíssimos, prescindindo mesmo de qualquer esforço demonstrativo.

Na compreensão do que sejam normas gerais, portanto, deve-se levar em conta não apenas o grau de abstração com que a matéria é disciplinada, mas sobretudo as razões motivadoras do estabelecimento de uma disciplina uniforme, ainda que o objeto seja regulado de forma mais minuciosa do que semanticamente sugere a expressão *normas gerais*. Não por outro motivo, ao discorrer sobre o assunto, Jessé Torres Pereira Júnior[10] advoga seja considerada norma geral *toda disposição da Lei nº 8.666/93 que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados em seu art. 3º.*

No caso das licitações e contratos administrativos, há uma razão adicional para se entender que a competência da União de fixar normas gerais seria mais abrangente do que aponta uma análise puramente linguística da expressão. A própria Constituição de 1988 cuidou de estabelecer diferença entre as competências legislativas da União para

---

[9] O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. In: *Interesse Público,* Belo Horizonte, ano. 13, n. 66, mar/abril 2011, pp. 18-19.

[10] *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 19. Em sentido semelhante, Lúcia Vale Figueiredo, a despeito de afirmar que as normas gerais *não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados*, sustenta serem normas gerais diversos dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, que tratam de aspectos procedimentais. O que parece ser fundamental para caracterizar uma norma como geral, na visão da jurista, é a necessidade de disciplina homogênea, em todo o território nacional, de determinadas matérias, como *garantia de certeza e segurança jurídicas*, e para assegurar *o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos* (*op. cit.*, pp. 31-2).

editar normas gerais sobre licitações e sobre as matérias constantes de seu art. 24, que regula as competências concorrentes. Se o tratamento a ser dado a umas e outras devesse ser idêntico, não haveria razão para situar a competência da União em sede de licitações no art. 22, que trata das competências legislativas privativas do ente central.

Lapsos ou descuidos do constituinte não podem ser simplesmente presumidos. Uma consequência que Andreas Krell extrai da topologia constitucional, quanto aos temas objeto de competência legislativa privativa, é a de que *houve a intenção do Constituinte brasileiro de 1988 de conceder à União, nessas áreas materiais, um espaço maior de decisão e permitir uma normatização mais densa dos assuntos arrolados no art. 22, CF, até daqueles em que há uma limitação à edição de normas gerais,* como se dá com as licitações e contratos administrativos (inciso XXVII)[11].

Assim, mesmo matérias que, numa análise apressada, poderiam ser havidas como pormenores a se tratar na legislação de cada ente, como a fixação de prazos, podem ser consideradas como tema de norma geral. Segundo Alice Gonzalez Borges, são normas gerais, entre outras, as que determinam: a) os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades licitatórias; b) prazos mínimos de publicidade dos instrumentos convocatórios; c) prazos mínimos para a interposição de recursos[12]. Tal matéria deve ser objeto de lei geral porque a imposição, a todos os entes federados, de limites mínimos e máximos, conforme o caso, funciona como uma garantia de observância de princípios constitucionais aplicáveis às licitações e contratos. Se cada ente dispusesse de irrestrita competência para fixar, por exemplo, o prazo de publicidade dos editais de licitação, poderia fazê-lo de um modo tal que comprometesse o caráter competitivo do certame[13].

Ademais, a inequívoca influência exercida pela Lei Fundamental de Bonn sobre o constituinte brasileiro de 1988, no tocante à distribuição de competências na Federação, permite alçar a experiência alemã a subsídio hermenêutico na inteligência dos limites da União em sede de legislação concorrente.

---

[11] KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 36. O autor atenta, igualmente, para a necessidade, nas federações contemporâneas, de tratamento legislativo integrado e uniforme de determinados assuntos. Nesse contexto, *nem todos os temas objeto de normas gerais permitem suplementação estadual, visto que não se trata apenas da fixação de princípios e diretrizes genéricas, mas também do estabelecimento de regras específicas que devem vigorar em todo o território nacional* (*op. cit.*, p. 63). Outras consequências podem ser extraídas da opção constituinte de fazer figurar a competência para expedição de normas gerais no art. 22. Uma delas seria a de que o desenvolvimento legislativo da matéria pelos municípios não sofreria interposição do legislador estadual, como ocorre na suplementação (art. 30, II) de matérias constantes do art. 24 da Carta Magna.

[12] BORGES, Alice Gonzalez. *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 93.

[13] Por óbvio, casos de inobservância de princípios constitucionais podem ensejar a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário. No entanto, a uniformização normativa por meio de lei geral constitui solução mais adequada, seja pela maior segurança jurídica advinda de decisão estatal única, seja porque a densificação dos princípios da Carta Magna em comandos normativos infraconstitucionais é tarefa precípua do legislador, sendo excepcional a intervenção do Poder Judiciário nessa direção, como ocorre com as sentenças aditivas da Corte Constitucional.

O esquema de competências concorrentes do art. 24 da Constituição brasileira é baseado nas chamadas competências legislativas de quadro, previstas no art. 75 da Lei Fundamental alemã, o qual foi revogado pela reforma constitucional de 2006. Esse dispositivo conferia poderes ao ente central para estabelecer, em determinados temas, normas básicas a serem observadas pela legislação dos Estados-membros, quando necessário à criação de condições de vida iguais no território nacional ou à salvaguarda da unidade jurídica ou econômica do Estado em sua totalidade. Na prática, no entanto, o ente central fez uso de tal competência de modo abrangente, pouco espaço deixando para as legislações dos entes federados[14]. E isso se deu com o beneplácito do Tribunal Constitucional Federal (TCF). Em diversas oportunidades, o TCF admitiu a edição de leis federais que regulavam de forma plena e com eficácia direta determinados assuntos, sob a invocação da existência de *interesse forte e legítimo por uma regulamentação uniforme.*

Na tentativa de frear o mencionado avanço da legislação federal, aprovou-se uma reforma constitucional em 1994, mediante a qual o art. 75 foi modificado para se prever que apenas em casos excepcionais as disposições gerais poderiam conter regulamentações pormenorizadas ou diretamente aplicáveis. Contudo, somente a partir de 2004 (caso *Juniorprofessur*, BVerfGE nº 111, 226), o TCF passou a examinar com mais rigor a legislação federal de quadro. A nova situação levou, no entanto, a problemas institucionais. Diante disso, o Parlamento alemão houve por bem, em nova reforma ocorrida em 2006, eliminar do texto constitucional a competência legislativa de quadro. Como observa Andreas Krell[15]:

> A própria concepção do quadro, no contexto do sistema constitucional alemão, ficou manifestamente sobrecarregada, com a consequência de que o conteúdo material das respectivas leis federais sofreu *uma expansão e um adensamento cada vez maior*. E este processo ainda apresenta a nítida tendência de aceleração, em virtude de razões socioeconômicas e da crescente influência do Direito europeu na subdivisão e no exercício das competências legislativas em nível federal.

---

[14] Cf.: KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit*, p. 102.

[15] *Op. cit.*, p. 106. A maior parte das competências do revogado art. 75 migraram para o art. 74 da Lei Fundamental, que contém o rol das competências ditas concorrentes. O regime de repartição, nesse âmbito, é diferente do previsto no art. 24 da Constituição brasileira, por não comportar condomínio legislativo. A lei federal editada obsta o tratamento do assunto pelos Estados e pode regulá-lo inteiramente, disciplinando diretamente as relações jurídicas e não se limitando a diretrizes. A necessidade de criação de condições de vida iguais no território nacional ou de salvaguarda da unidade jurídica ou econômica do Estado em sua totalidade, que constituía exigência para qualquer lei federal no âmbito das competências concorrentes, passou a ser exigida, após a reforma de 2006, apenas em parte dos temas enumerados no art. 74. E, para a maioria dos temas transplantados do extinto rol de competências de quadro para o de competências concorrentes, criou-se a regra da divergência, segundo a qual, na regulação de determinado assunto, prevalecerá a lei mais recente, seja ela federal ou estadual. Cumpre aduzir que o extinto rol das competências legislativas de quadro era muito menor que o de competências concorrentes. Além disso, a redução do número de matérias para as quais se exige a demonstração, pelo ente central, de imprescindibilidade de regulação uniforme ampliou ainda mais o espaço de atuação do legislador federal.

A realidade e as necessidades fáticas não podem ser solenemente ignoradas pela norma constitucional ou por seu intérprete[16]. Mesmo em uma comunidade de Estados soberanos e com tradições jurídicas muito variadas, como é a União Europeia, razões de ordem técnica e socioeconômica conduziram à uniformização de normas de licitação e contratos, uniformização essa que desce a pormenores como a própria forma de apresentação dos instrumentos convocatórios de certames, como se verá na Seção VI, *c*, deste trabalho.

O STF, ao analisar as relações entre a legislação nacional e a estadual, em sede de competência concorrente, tem perfilhado entendimento que se afasta da compreensão de norma geral como veiculadora apenas de princípios e diretrizes, atendo-se antes a razões constitucionais justificadoras de uma disciplina uniforme de certos temas, imponível a Estados e Municípios, mesmo quando a lei da União regula de maneira minuciosa o seu objeto[17].

Em dois arestos, pode-se mesmo dizer que a deliberação da Corte Constitucional brasileira foi no sentido contrário ao da defesa doutrinária da qualificação das normas gerais como *standards mínimos* de concretização de princípios, a constituírem um piso que poderia ser suplantado por exigências mais rigorosas da legislação estadual.

O primeiro caso versou sobre a constitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso do Sul que proibira a fabricação, ingresso, comércio e estocagem de amianto no território daquela unidade da Federação. Ao apreciar a ADI nº 2.396 (DJ de 1.8.2003), o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, sob o argumento de extrapolação da competência legislativa suplementar, haja vista a existência de Lei da União (Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995), colidente com as disposições da lei estadual. Os argumentos da Corte restaram assim expressos na ementa do acórdão:

---

[16] Como acentuado por Konrad Hesse, *quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também, e principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo* (*A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20).

[17] No julgamento da cautelar na ADI nº 927 (DJ de 11.11.94), que questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, o relator, Ministro Carlos Velloso, assinalou: *Penso que norma geral, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.* Essa interpretação se coaduna com a posição doutrinária predominante a respeito do tema. Entretanto, no julgamento do caso, o Tribunal não concluiu, por exemplo, ser inconstitucional a exigência de adoção da modalidade de concorrência, pelos entes federados, para a alienação de bens imóveis (art. 17, I). Ao revés, o relator considerou, expressamente, como norma geral, tal exigência. Dificilmente se poderia sustentar que a escolha de uma determinada modalidade de licitação (concorrência) para um determinado tipo de contrato e objeto (alienação de bem imóvel) se circunscreva à noção de norma puramente principiológica, norma quadro dependente de desenvolvimento pelo legislador local.

> [V]erifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII).
>
> A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello.

Ora, exclusivamente sob a perspectiva da competência para legislar sobre meio ambiente, proteção e defesa da saúde, a legislação estadual tinha por escopo a proteção, em maior medida, dos bens jurídicos tutelados. De resto, como confessado na ementa do acórdão, a lei da União dispõe **extensamente sobre todos os aspectos** da matéria regulada pela lei estadual. A se restringir o conceito de normas gerais àquelas de conteúdo apenas principiológico e carecedor de complementação pelo legislador estadual, a lei federal é que deveria ser declarada inconstitucional, por exceder-se em minúcias e pormenores.

Noutro caso, no julgamento da ADI nº 3.035 (DJ de 14.10.2005), foi declarada a inconstitucionalidade de lei paranaense que vedava o cultivo, manipulação, importação, industrialização e comercialização de organismos geneticamente modificados (OGMs), editada com base na competência concorrente para legislar sobre produção, consumo, proteção à saúde e ao meio ambiente. O relator da ação, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a lei estadual não poderia, nas limitações aplicáveis aos OGMs em defesa da saúde e do meio ambiente, ser mais rigorosa que a lei editada pela União que dispunha (minuciosamente, diga-se de passagem) sobre o assunto, considerada como norma geral pela Corte. A confirmar a transcendência do interesse e a necessidade de uniformização do tratamento legislativo de um tema como índices de aferição da competência da União para expedir normas gerais, justificando inclusive uma disciplina que vá além da fixação de princípios e diretrizes, está o voto do relator, quando sustenta que, *aplicada a Lei estadual, restará obviamente prejudicada a eficácia do ato federal, que foi editado para a solução de um problema que transcende a esfera dos Estados singulares.*

Dos exemplos colacionados, pode-se inferir uma tendência da Corte no sentido de eleger o aspecto da necessidade de uniformização nacional de determinados temas como razão para justificar uma atuação do Congresso Nacional, no âmbito da legislação

concorrente, que não se limite a fixar diretrizes com grau de abstração mais elevado. E isso pode ocorrer tanto para assegurar *standards mínimos* de cumprimento de princípios constitucionais, quanto para evitar que os entes federados se excedam na legislação de resguardo dos valores tutelados, malferindo, com isso, outros princípios constitucionais.

Voltando ao tema *licitações e contratos administrativos*, cumpre trazer à baila a contribuição do Ministro Carlos Ayres Britto[18], do STF, em sede doutrinária, para o desate da questão concernente aos limites da competência da União para editar normas gerais. O Ministro propõe o seguinte critério distintivo das competências dos entes federados: a competência da União para expedir normas gerais se referiria ao processo licitatório, ao passo que a competência dos entes federados para expedir normas específicas diria respeito aos procedimentos em matéria de licitações. Enquanto as normas gerais teriam como objeto os atos a praticar, sua sequência e autores, os procedimentos limitar-se-iam à dimensão do modo, do como processual, não sendo o procedimento *sequer toda a parte ritual ou litúrgica do processo, mas um momento paralelo dessa parte processual.* Também essa interpretação finda por reconhecer que a disciplina de atos do processo licitatório pode constituir matéria de normas gerais.

Mesmo no plano das disposições que excepcionam, pode-se cogitar de normas gerais. Assim ocorre, por exemplo, com as hipóteses de dispensa de licitação. Se cada ente pudesse criar hipóteses de dispensa para os certames conduzidos em seu âmbito, a própria aplicabilidade da Lei Geral restaria comprometida, uma vez que os casos de dispensa nada mais são do que reduções do âmbito de incidência das normas de licitação. A mesma conclusão é válida para o estabelecimento de preferências na contratação, como decidiu o STF no julgamento da cautelar na ADI nº 3.059 (DJ de 20.8.2004), na qual se discutia lei estadual que estabelecia preferência de aquisição de *softwares* livres pela Administração.

Em síntese, é razoável sustentar que a competência da União para editar normas gerais sobre licitações se estenda à disciplina de modalidades de certames, critérios de julgamento, fases do processo e mesmo a aspectos rituais, quando a sua regulação em um sentido determinado, com observância de requisitos mínimos, se revelar essencial para assegurar a observância dos princípios reitores da licitação, não constituindo matéria de normas gerais, por outro lado, a disciplina de pormenores de caráter meramente procedimental e cuja disciplina uniforme em todo o território nacional não constitua imperativo de racionalidade e segurança jurídica, no resguardo de interesses que, albergados constitucionalmente, transcendem o âmbito de cada ente federado.

Boa parte da matéria do Capítulo I da Lei nº 12.462, de 2011, é visivelmente incompatível com as normas gerais previstas na Lei nº 8.666, de 1993, como será

---

[18] *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997, pp. 132-134.

indicado a seguir. Prever regras sobre modalidades, tipos de licitação, prazos processuais mínimos aplicáveis a objetos definidos *ad hoc* (as licitações e contratos relativos à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016) e válidas apenas para alguns entes federados representa uma subversão do sistema de distribuição de competências idealizado pelo constituinte de 1988. Como já mencionado, as normas gerais são vinculantes para todos os entes federados, inclusive a União[19]. Assim, não pode o legislador federal afastar a incidência das normas gerais sobre licitações realizadas por órgãos da União ou de outros entes federados específicos.

A esse respeito, cumpre trazer à baila a decisão do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.943 (DJ de 26.9.2008), no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que estabeleciam prazos decadencial de constituição e prescricional de cobrança de créditos tributários da Previdência Social diversos dos estabelecidos no Código Tributário Nacional, ao qual incumbe, como lei geral, regular a matéria, a teor do art. 146, III, *b*, da Constituição Federal. Como aduziu o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto:

> Assumir que a União pudesse estabelecer norma geral de caráter nacional, vinculando todos os entes federados, ao mesmo tempo em que autorizada a dispor em sentido diferente, em lei ordinária, sobre tributos federais, implicaria reconhecer a própria ineficiência da norma geral e a fragilidade do pacto federativo.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado quanto ao estabelecimento, em lei federal, de normas sobre licitações e contratos aplicáveis apenas a alguns entes federados e colidentes com as normas gerais insertas na Lei nº 8.666, de 1993. A inconstitucionalidade é dupla, por se estabelecerem regras que: a) condicionam o processo licitatório de apenas alguns entes federados; b) afastam a aplicação das normas gerais da Lei nº 8.666, de 1993. Desse modo, diversas normas da Lei padecem de inconstitucionalidade formal, a qual poderia ser elidida caso fossem promovidas alterações na própria Lei Geral, em lugar da criação de um regime excepcional com ela colidente, a ser utilizado apenas nas contratações para os grandes eventos desportivos vindouros.

---

[19] Nessa linha, Rubens Gomes de Sousa advertiu (op. cit., p. 14): não se pode estender a especificação do conceito de normas gerais no sentido de que seja possível à União ditá-las tão-somente para as outras duas entidades políticas, eximindo-se, ela própria, da sua observância. Mas até mesmo esta ressalva está condicionada à natureza do instituto ou da situação jurídica regulada: quando seja suscetível de verificação em qualquer dos três planos, federal, estadual e municipal, então a norma, por ser geral, deverá vigorar igualmente nos três planos. Outro não foi o argumento que embasou a contestação da validade da MPV nº 2.206, de 4 de maio de 2000 (bem como de suas reedições), que criou a modalidade licitatória do pregão. O texto original da MPV instituía o pregão, como modalidade licitatória somente utilizável no âmbito da Administração Pública Federal. Ora, se fosse dado à União criar modalidades licitatórias só a ela aplicáveis, o legislador federal poderia, no limite, editar leis específicas que afastassem a aplicação das normas gerais no âmbito federal, frustrando, assim, o caráter geral de tais normas. Bem por isso o texto da MPV foi modificado pelo Congresso Nacional, e a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2000, dela resultante, previu o pregão como modalidade a ser utilizada por qualquer dos entes federados.

O STF entendia originalmente que tais casos de conflito entre legislação específica e normas gerais caracterizavam inconstitucionalidade reflexa: por depender seu reconhecimento do cotejo da legislação específica com as normas gerais, o juízo de inconstitucionalidade não poderia ser feito, segundo o Tribunal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (cf. ADI Questão de Ordem nº 2.344, DJ de 2.8.2002). Em julgados mais recentes, porém, reformulando seu entendimento anterior, o Tribunal, ao verificar ofensa às normas gerais por lei do ente federado, declarou inconstitucional a lei em sede de ADI (cf. ADI nº 2.903, DJ de 19.9.2008), concluindo que a contrariedade das normas gerais pelas legislações específicas constitui uma ofensa direta às regras de repartição de competências presentes na Constituição. Assim, inconstitucionalidades da Lei nº 12.462, de 2011, por colisão com normas gerais da Lei nº 8.666, de 1993, podem ser arguidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda a respeito do art. 1º da Lei do RDC, cabe mencionar que o Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal produziu nota técnica[20] sobre o PLV nº 11, de 2011[21], a qual, ao discorrer sobre seu art. 3º (que corresponde ao art. 1º da Lei nº 12.462, de 2011), concluiu ser o dispositivo inconstitucional, por afrontar os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, bem como violar os princípios da isonomia e da moralidade:

> A nosso ver, a aplicação do regime RDC às "licitações e contratos" "necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014" é uma **cláusula intoleravelmente aberta**, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.
>
> Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação "necessária" aos eventos previstos na norma, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao "Grupo Executivo – GECOPA 2014". **Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidades vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade**. [...]
>
> Na forma da redação atual, o artigo 3º, inciso II, viola a Constituição Federal, em especial os artigos 22, inciso XXVII, e artigo 37, inciso XXI, porque de forma expressa outorgou o poder de definir o próprio

[20] Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/portal_factory/copy_of_pdfs/NT%20GT%20COPA.pdf . Acessado em 5 de agosto de 2011..

[21] Como mencionado na Seção II deste trabalho, a relatora da MPV nº 521, de 2010, intentou, sem sucesso, introduzir no PLV nº 11, de 2011, por ela apresentado, dispositivos semelhantes aos que vieram a constar da Lei nº 12.462, de 2011.

> regime de determinada licitação ou contrato ao próprio destinatário das limitações que a lei deve consignar.
>
> Há violação de princípios constitucionais da Administração Pública. Atenta contra a isonomia, porque admite em tese aplicação de regimes jurídicos díspares para contratações similares, a depender da exclusiva e subjetiva decisão da Administração Pública em determinado momento. Também gera violação da moralidade administrativa, porque a lei está chancelando – e não limitando – a atividade arbitrária do Administrador.

Não há como discordar do argumento de que a Lei nº 12.462, de 2011, submete, em boa medida, à discrição do Poder Executivo, a escolha de aplicação de um regime licitatório bem mais flexível a determinadas obras, compras e serviços.

O art. 2º da Lei apresenta diversas definições (empreitada integral, empreitada por preço global, por preço unitário, projeto básico etc.), as quais não passam de reproduções de definições constante do art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993. Não haveria, pois, necessidade do dispositivo, tal como escrito, bastando apenas que se fizesse remissão à Lei Geral de Licitações nesse ponto, a exemplo do que ocorre em outros artigos da Lei do RDC. O mesmo pode-se dizer do art. 3º, que enumera os princípios aplicáveis ao RDC, já enunciados no art. 3º da Lei Geral, com exceção dos princípios da economicidade, eficiência e do desenvolvimento nacional sustentável.

Encerrando a Seção I, o art. 4º prevê as diretrizes que orientarão as licitações e contratos do RDC, tais como a padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, o parcelamento e a padronização dos objetos das contratações, a busca da maior vantagem para a Administração etc. A matéria nele tratada poderia perfeitamente constar de qualquer legislação específica de licitações e contratos, não contrariando normas gerais presentes na Lei nº 8.666, de 1993. Algumas dessas diretrizes inclusive constam da própria Lei Geral (art. 3º, art. 11, art. 15, IV, art. 23, § 1º, entre outros).

V. REGRAS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO RDC

a) Objeto da licitação

A Seção II do Capítulo I da Lei nº 12.462, de 2011, composta pelos arts. 5º a 38, veicula as regras aplicáveis às licitações realizadas de acordo com as regras do RDC. Sua Subseção I aparentemente pretende definir procedimentos a serem observados nos certames, de acordo com o tipo de objeto licitado. Na verdade, de forma pouco sistemática, faz mais do que isso. Vários de seus dispositivos adentram na própria disciplina contratual e bem poderiam figurar na Seção III da Lei, que cuida exatamente dos contratos no âmbito do RDC.

O art. 5º determina que o objeto dos certames seja definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, sendo proibidas as especificações excessivas,

irrelevantes e desnecessárias. Em assim o dispor, revela-se compatível com a Lei Geral, em especial com seus arts. 14, 38 e 40, I.

De seu turno, o art. 6º permite que o orçamento com estimativa do valor da contratação seja fornecido apenas após o encerramento da licitação, possuindo caráter sigiloso durante o certame, fase em que somente aos órgãos de controle interno e externo seria franqueado acesso a tal documento. Nesse ponto, a Lei do RDC choca-se com os arts. 3º, § 3º, 40, § 2º, II, 44, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. Uma análise mais pormenorizada do orçamento sigiloso será realizada na Seção VI deste trabalho.

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

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) têm admitido, por interpretação dos citados dispositivos da Lei Geral, a indicação de marca em editais de licitação, nas situações contempladas na Lei nº 12.462, de 2011[22]. Assim, pode-se entender que seu art. 7º constituiria, nesse ponto, apenas um detalhamento das previsões genéricas da Lei Geral sobre a matéria.

Outras faculdades são conferidas à Administração pelo mesmo art. 7º, possibilitando-lhe exigir dos licitantes: amostra do bem, certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação e carta de solidariedade do fabricante.

No caso das amostras, o TCU tem entendido ser possível estabelecer tal obrigação, desde que limitada ao licitante autor da melhor proposta. Uma exigência genérica, aplicável a todos os participantes, seria pouco razoável, pois *imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes*[23]. A Lei do RDC permite à Administração *exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação*. É da própria lógica do procedimento de pré-

---

[22] Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 90. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit*, pp. 119, 167.

[23] Acórdão nº 1.237/2002 – Plenário (DOU de 27.9.2002). No mesmo sentido: Acórdão nº 491/2005 – Plenário (DOU de 9.5.2005) e Acórdão nº 808/2003 – Plenário (DOU de 11.7.2003).

qualificação da Lei a apresentação de amostra por todos os interessados em participar da licitação. Nesse caso, um eventual prejuízo ao caráter competitivo do certame decorre do procedimento em si de pré-qualificação, mais do que da exigência de apresentação de amostra. A esse respeito, confiram-se os comentários ao art. 30, *infra*. De qualquer modo, mesmo no caso de exigência de amostras apenas quando do julgamento, a Lei não estabelece qualquer condicionamento, abrindo espaço para que a Administração as solicite de todos os licitantes.

Quanto à exigência de certificação de qualidade ou do processo de fabricação, a jurisprudência do TCU a admite tão-somente para fins de pontuação das propostas, rejeitando o seu uso para fins de habilitação do licitante ou admissibilidade da proposta, por entender que isso restringiria indevidamente o caráter competitivo do certame[24]. De fato, a detenção, por exemplo, de certificados ISO 9000 pode até servir de evidência de que o licitante preenche requisitos de habilitação ou de que seus produtos e serviços atendem a padrões de qualidade, mas isso não significa dizer que quem não detenha tais certificados forneça prestações de menor qualidade, muito menos que seja incapaz de fornecer o produto ou serviço pretendido pela Administração[25]. A Lei do RDC faculta à Administração *solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada*. Não está claro que efeitos adviriam do desatendimento dessa solicitação. Assim, a Lei abre margem para que a detenção de tais certificados seja alçada a requisito de habilitação, o que dificilmente se concilia com o art. 3º, § 1º, I, da Lei Geral, que veda o estabelecimento de exigências comprometedoras do caráter competitivo do certame.

Algo semelhante se passa no caso da carta de solidariedade. Segundo a Lei nº 12.462, de 2011, a Administração pode solicitar, *motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor*. O TCU, entretanto, considera-a inadmissível quando constituir condição de habilitação do licitante ou de classificação de sua proposta. Poder-se-ia cogitar de seu uso apenas como critério de pontuação[26]. Ora, o dispositivo citado não é claro e pode ensejar a interpretação de que o atendimento à

---

[24] Cf.: Decisão nº 20/98 – Plenário (DOU de 16.12.98), Acórdão nº 300/2004 – Plenário (DOU de 7.4.2004), Acórdão nº 539/2007 – Plenário (Ata nº 13/2007 – Plenário).

[25] Conforme assinala Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 334), *exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção do Certificado ISO. Portanto, obtém a certificação quem o desejar (e preencher os requisitos pertinentes, é óbvio). Em outras palavras, o essencial não é a certificação formal, mas o preenchimento dos requisitos necessários à satisfação do interesse público. Se o sujeito preenche os requisitos, mas não dispõe da certificação, não pode ser impedido de participar do certame.*

[26] Nesse sentido: Decisão nº 486/2000 – Plenário (DOU de 26.6.2000), Acórdão nº 223/2006 – Plenário (DOU de 1.3.2006), Acórdão nº 423/2007 – Plenário (DOU de 23.3.2007), Acórdão nº 539/2007 – Plenário (Ata nº 13/2007 – Plenário).

exigência constitua condição de classificação da proposta. Nesse caso, o dispositivo, além de contrariar o art. 3º, § 1º, I, da Lei Geral, ainda possibilitaria transferir ao fabricante um poder de seleção que deveria caber à Administração. No caso de o fabricante fornecer a carta de solidariedade a apenas um de seus distribuidores, o resultado da licitação seria determinado pela vontade do fabricante.

O art. 9º contém regras disciplinadoras da contratação integrada, um novo regime de execução de obras e serviços de engenharia. Tal regime, cuja utilização dependerá de prévia justificação técnica e econômica, *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* (art. 9º, § 1º). O dispositivo prevê, ainda, que o certame da contratação integrada adote como critério de julgamento o de *técnica e preço*, devendo o edital respectivo ser acompanhado de anteprojeto de engenharia (art. 9º, § 2º).

Além da discussão quanto à possibilidade de lei especial criar regimes de execução contratual diversos dos fixados na Lei Geral, bem como dispensar a apresentação de documentos considerados anexos essenciais dos instrumentos convocatórios pela mesma Lei Geral, o conteúdo dos dispositivos da Lei referentes à contratação integrada pode dar ensejo a situações lesivas ao interesse público, com possibilidade de comprometimento dos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, haja vista a imprecisão na definição do objeto licitado. A contratação integrada será objeto de comentários específicos na Seção VII deste trabalho.

O art. 10 da Lei do RDC possibilita que os contratos prevejam 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*, observando-se *o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.* A Lei não descreve suficientemente bem como seria essa sistemática de remuneração variável, remetendo sua disciplina ao edital e ao contrato. Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da Lei Maior).

Teoricamente, poder-se-ia cogitar de remuneração variável em casos de redução do valor da contraprestação estatal por cumprimento insatisfatório do contrato ou abaixo de um nível considerado ótimo. Os critérios de aplicação de tal regra deveriam ser objetivamente definidos, para evitar perseguições. Mesmo assim, pode-se questionar a criação de um regime como esse, sob a perspectiva de que ele tornaria a inexecução do objeto um evento normal e sujeito a uma disciplina específica no tocante à remuneração do contratado, quando na verdade a inexecução do contrato, ainda que

parcial, deve ser vista como uma falta, punível na forma da lei. Ademais, a previsão do limite orçamentário fixado pela Administração como teto para os pagamentos permite interpretações de que a remuneração poderia exceder o valor da proposta vencedora (considerando-se que o valor da proposta vencedora deve ser inferior ao valor orçado), deixando aberta a possibilidade de fraudes.

O art. 11 faculta a contratação de mais de uma empresa para a prestação do mesmo serviço, nos casos em que o objeto seja passível de execução de forma concorrente e simultânea, havendo conveniência para a Administração. Esse dispositivo também é problemático. A hipótese não é autorizada pela Lei Geral, que, embora admitindo o parcelamento do objeto de licitações, fá-lo considerando que cada parcela seja atribuída com exclusivamente a um licitante (art. 23, §§ 1º e 2º, art. 50, bem como todas as referências, no corpo da Lei, ao *licitante vencedor*).

Se a situação descrita no art. 11 da Lei do RDC fosse a de parcelamento do objeto, sequer haveria necessidade do dispositivo. Se se cuida de um mesmo objeto executado de forma concorrente e simultânea, cabe indagar: como se dará a escolha e que critérios serão utilizados pela Administração para determinar qual dos contratados executará o quê, quando não houver acordo entre eles sobre a execução do mesmo serviço, no mesmo local e ao mesmo tempo? Além disso, admitindo-se que não se trate de hipótese de credenciamento (com universo indefinido de possíveis contratados), a Lei não definiu que os demais licitantes que forem contratados deverão ser remunerados nos termos da proposta do licitante vencedor[27].

b) Procedimento licitatório

O procedimento licitatório no RDC é disciplinado pelos arts. 12 a 28 da Lei. A primeira inovação digna de nota nesse campo é a inversão das fases de habilitação e julgamento[28]. A Lei adota como regra a realização do julgamento das propostas anteriormente à habilitação. Quando seu texto fala em *inversão de fases*, refere-se, na verdade, à adoção de procedimento semelhante ao da Lei nº 8.666, de 1993, com habilitação precedendo o julgamento. Assim, na Lei nº 12.462, de 2011, a sequência ordinária de procedimentos adota o julgamento prévio à habilitação, e a inversão de fases se dá quando tal sequência é modificada.

O julgamento das propostas previamente à habilitação, aplicável atualmente apenas à modalidade pregão, tem produzido excelentes resultados para a Administração.

---

[27] Na visão do relator da PLV nº 17, de 2011, no Senado Federal, a previsão do art. 11 destinar-se-ia a *afastar o risco de descontinuidade em serviços essenciais, no caso de interrupção de um dos contratos, como, por exemplo, no caso da contratação de serviços de telefonia*, possibilitando a prestação dos serviços por qualquer das empresas contratadas.

[28] A inversão de fases está prevista nos arts. 12 a 14 da Lei. Outros dispositivos guardam relação ou resultam daqueles que preveem a fase de julgamento das propostas precedente da fase de habilitação. É o caso do art. 27, que prevê fase recursal única na licitação.

Ele redunda em economia de tempo e de recursos[29], além de desarticular estratégias protelatórias de licitantes mal intencionados, que se valem de todos os recursos para excluir do certame, ainda na fase de habilitação, concorrentes capazes de apresentar propostas mais vantajosas para a Administração, inclusive pela via judicial.

Nas licitações em que a fase de habilitação precede a de julgamento de propostas, supondo que não haja conluio, todos os licitantes têm potencial interesse de afastar da disputa seus adversários com base em impugnações dos documentos de habilitação. Assim, há espaço para se deflagrar uma guerra de todos contra todos, com multiplicação de recursos contra a habilitação de cada licitante. Esse quadro se modifica significativamente com a inversão de fases, pois, uma vez conhecido o autor da melhor proposta, os eventuais recursos serão dirigidos apenas contra ele, poupando à Administração e aos próprios licitantes tempo e recursos.

Mesmo na hipótese de parte dos licitantes atuar em conluio, a inversão de fases apresenta vantagens, pois, em licitações sem inversão de fases, ainda que os integrantes do cartel não interponham recursos contra a habilitação uns dos outros, fazem-no em relação aos concorrentes que não participam do conluio, para não correrem o risco de ver sua estratégia falhar, no julgamento das propostas. Ademais, como o intuito do cartel é forçar a celebração de contratos com menos vantagens para a Administração ou mesmo com valores acima dos de mercado, o cotejo das propostas de preço de todos os licitantes, que caracteriza as licitações com inversão de fases, possibilita desvelar esse tipo de prática cartelística.

É muito menos provável a celebração de contratos com preços excessivos quando o certame se processa com inversão de fases. Os dados relativos às licitações na modalidade pregão, que comprovam o barateamento dos contratos delas resultantes, falam por si. Já os contratos originados de licitações promovidas nas modalidades tradicionais, nas quais não há inversão de fases, têm apresentado um elevado número de irregularidades, dentre as quais superfaturamento e sobrepreço[30].

A despeito de ser positiva a inovação da Lei, sua constitucionalidade é discutível, haja vista a questão já exposta, referente à impossibilidade de lei especial contrariar a Lei Geral. Para alguns autores, a ordem dos procedimentos não constituiria matéria de norma geral, podendo cada ente, portanto, discipliná-la em sua própria

---

[29] Nos primeiros anos de uso do pregão, os valores dos contratos de compras celebrados pela Administração Pública Federal chegaram a ser 30% inferiores aos valores orçados. Ademais, o tempo médio para a conclusão de licitações na modalidade pregão, de 17 dias, é bem inferior ao de certames em outras modalidades. O processo de uma concorrência leva, em média, 120 dias para ser concluído. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=180. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[30] A esse respeito, confira-se o Acórdão nº 1.953/2007 (DOU de 21.9.2007), do Plenário do TCU, que apreciou o relatório de fiscalização de obras públicas de 2007.

legislação[31]. Deve-se ponderar, contudo, que estabelecer o delineamento genérico da sequência de procedimentos não equivale a regular minúcias sobre eles.

Ademais, a licitação não é outra coisa senão um conjunto de procedimentos. Desse modo, normas gerais sobre licitações não podem consistir em algo diverso de normas gerais sobre procedimentos. Bem por isso, ao tecer comentários sobre o art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, que prevê a sequência de fases do processo licitatório, Jessé Torres Pereira Júnior[32] assevera que o dispositivo *direciona o roteiro básico desse conjunto, no referente, sobretudo, aos atos que a Administração deve praticar para instaurar o certame, receber e julgar as propostas*, de tal sorte que *as leis estaduais e municipais, e regulamentos internos de entidades da Administração indireta, poderão dispor sobre o* iter *desde que observado o padrão mínimo estabelecido pela norma geral federal*.

Outrossim, se a expressão *normas gerais*, constante no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, abrange a disciplina dos diferentes procedimentos licitatórios, deve-se entender que a União detém competência para editar normas sobre as modalidades de licitação, vinculantes para todos os entes federados. O pregão se distingue de outras modalidades de licitação fundamentalmente em virtude de seu procedimento[33]. Ora, a Lei do RDC não faz outra coisa senão possibilitar o uso de procedimentos do pregão (não apenas quanto à inversão das fases de habilitação e julgamento, mas também quanto à possibilidade de lances sucessivos, de uso dos modos de disputa fechado e aberto) a todas as licitações relacionadas à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, ainda que não faça alusão a *modalidades* de licitação.

Assim, embora o *iter* criado pela Lei do RDC seja mais racional e atenda em maior medida ao interesse público, é de duvidosa constitucionalidade o seu estabelecimento em lei específica, aplicável a apenas alguns entes federados e destinada a regular licitações para objetos limitados no tempo e no espaço[34].

---

[31] Cf.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45. Vários Estados previram, em suas leis de licitação, a inversão de fases. Exemplo disso são a Lei nº 9.433, de 1º de março de 2005, do Estado da Bahia, e a Lei nº 15.608, de 16 de agosto de 2007, do Estado do Paraná.

[32] *Op. cit.*, p. 516. Cf. também: BRITTO, Carlos Ayres. *Op. cit.*, p. 132.

[33] O outro critério distintivo – a restrição de seu uso às contratações de bens e serviços comuns – não diz respeito ao processo licitatório em si, é extrínseco a ele.

[34] Obviamente, nem toda norma procedimental será norma geral. Entretanto, definir uma sequência geral de procedimentos não é o mesmo que caracterizá-los minudentemente. A Lei nº 8.666, de 1993, não previu, por exemplo, a realização de licitações por meio eletrônico, até porque, quando de sua edição, os recursos de tecnologia da informação (TI) hoje utilizados não existiam. As referências, na Lei Geral, a procedimentos presenciais não se caracterizem como normas gerais nem são impeditivas da adoção, pelas legislações dos entes federados, de recursos de TI. A forma eletrônica não muda necessariamente a essência dos procedimentos, tampouco a sua sequência básica. Por isso, é razoável sustentar que o art. 13 da Lei do RDC, ao determinar a forma eletrônica como a preferencial para a realização dos certames, não ofende a Lei Geral.

A Lei cuida, em seu art. 15, dos instrumentos convocatórios das licitações por ele disciplinadas. Fixa prazos para apresentação das propostas, contados a partir da publicação do edital, inferiores aos previstos na Lei nº 8.666, de 1993. Tais prazos são definidos segundo o objeto da licitação e o critério de julgamento, sendo: de 5 dias úteis, nas licitações para compras segundo o critério do menor preço ou maior desconto, e de 10 úteis nas compras segundo outros critérios (art. 15, I); de 15 dias úteis, nas licitações para obras e serviços segundo o critério do menor preço ou maior desconto, e de 30 dias úteis nas licitações de mesmo objeto em que se utilizem outros critérios de julgamento (art. 15, II); de 10 dias úteis, em todas as licitações que adotem o critério de julgamento da maior oferta (art. 15, III); de 30 dias úteis, em todas as licitações que adotem os critérios de julgamento de *técnica e preço*, melhor técnica ou conteúdo artístico (art. 15, IV).

O que se conclui de início a respeito dos prazos citados, é que, em face do disposto no art. 18 da Lei, que enumera os critérios de julgamento, a referência a outros critérios nos incisos I e II do art. 15 só pode se relacionar ao de maior retorno econômico, já que todos os demais ensejam prazos específicos (art. 15, III e IV). Andaria melhor o legislador se fizesse referência expressa ao critério de maior retorno econômico e aos prazos aplicáveis quando de sua utilização, tornando mais claro o texto normativo.

Uma segunda conclusão quanto aos prazos é que, sendo eles inferiores aos da Lei nº 8.666, de 1993[35], resta caracterizado um caso típico de conflito entre a Lei Geral e a legislação especial, que deve levar à invalidade desta última. Com efeito, como aceito na doutrina, a fixação de prazos mínimos de publicidade dos instrumentos convocatórios é matéria de norma geral. A lei especial pode ampliar tais prazos, com objetivo de possibilitar a ampliação do universo de licitantes, nunca reduzi-los.

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

[35] Para se chegar a essa conclusão, basta pensar que várias obras relacionadas aos multicitados eventos desportivos serão contratadas a preços bem superiores ao valor a partir do qual a concorrência é atualmente obrigatória (1,5 milhão de reais). Ora, é de 45 dias o prazo entre a publicação do edital e a apresentação das propostas, nas concorrências julgadas pelos critérios de melhor técnica ou *técnica e preço*, ou quando se adotar o regime de empreitada integral. A Lei do RDC prevê prazo máximo de 30 dias úteis.

inferiores aos indicados no item anterior, a divulgação seja feita apenas no sítio eletrônico.

O mesmo raciocínio desenvolvido quanto aos prazos entre a publicação do edital e a apresentação das propostas é válido para os meios de divulgação. Nada impede que a lei especial preveja outros meios para conferir publicidade ao certame, como é o caso dos sítios eletrônicos. Tal lei não pode, contudo, dispensar a publicidade mínima exigida pela Lei Geral, como ocorre *in casu*[36]. Sob o aspecto material, no entanto, a solução adotada pela Lei do RDC é muito mais racional e adequada aos tempos atuais, gerando menos custos para a Administração. E dificilmente um licitante que tenha condições de assinar o Diário Oficial ou jornais de grande circulação não disporá de acesso à *Internet*. De qualquer modo, uma mudança como essa deveria constar da Lei Geral, não de lei especial.

O art. 16, que autoriza a utilização dos modos de disputa aberto e fechado, promove, a exemplo de diversos outros dispositivos da Lei, ampla delegação de poderes à autoridade administrativa para disciplinar os procedimentos licitatórios, deixando a cargo de regulamento essa tarefa. Na verdade, a Lei do RDC estabelece um regime de total permissividade em favor do Poder Executivo, eliminando quase todos os limites para o administrador, mediante regulamento, formatar, ao seu alvedrio, o processo licitatório. Com efeito, poderão ser adotados: modos de disputa aberto, fechado ou a combinação de ambos (art. 16); lances intermediários (art. 17, § 1º); precedência da fase de julgamento das propostas sobre a de habilitação ou o contrário (art. 12); e prática de atos por meio eletrônico ou presencial (art. 13).

Os critérios de julgamento possíveis no RDC constituem a matéria dos arts. 18 a 23 da Lei, os quais inovam ao criar os critérios de maior desconto, de conteúdo artístico e de maior retorno econômico, bem como ao ampliar as hipóteses de cabimento dos critérios de *técnica e preço* e de melhor técnica, sofrendo este último modificações substanciais em relação à figura de mesma designação, prevista na Lei nº 8.666, de 1993. Cabe salientar que também essa matéria deve ser objeto de norma geral. Ao enumerar os critérios de julgamento em seu art. 45, que prevê os *tipos de licitação*, a Lei Geral dispõe, no § 5º do mesmo dispositivo ser *vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.* Conforme assinala Jessé Torres Pereira Júnior, *o princípio do julgamento objetivo faleceria à míngua das regras estabelecidas nos arts. 44 e 45* da Lei nº 8.666, de 1993, do que resulta o caráter geral das normas neles contidas[37].

---

[36] A exceção da modalidade de convite, a Lei nº 8.666, de 1993, prevê obrigatoriamente a divulgação do instrumento convocatório no Diário Oficial e em jornal de grande circulação (art. 21).

[37] *Op. cit.*, p. 540. O caráter uniformizador das normas do art. 45 da Lei Geral também é enfatizado por Toshio Mukai (*Licitações e Contratos Públicos*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13). Ainda a rechaçar a possibilidade de a legislação especial criar novos tipos de licitação está Lúcia Valle Figueiredo (*op. cit.*, p. 37).

O critério de maior desconto pode ser reconduzido ao de menor preço, uma vez que seu objetivo é exatamente o de verificar qual proposta acarreta menores dispêndios para a Administração. Apenas a expressão monetária é substituída por um percentual sobre o valor orçado. Assim, a previsão de tal critério não ofende, na substância, a vedação do § 5º do art. 45 da Lei nº 8.666, de 1993.

No que concerne ao critério de melhor conteúdo artístico, a Lei nº 8.666, de 1993, já prevê o uso do concurso para a seleção de trabalho artístico (art. 22, § 4º). É difícil vislumbrar em que medida a previsão da Lei do RDC seja necessária ou represente um avanço em relação à Lei Geral nesse ponto. Não constituirá tarefa simples definir em edital, nas licitações para a seleção de trabalho artístico, os critérios objetivos exigidos pelo art. 21 do da Lei, dado o subjetivismo que envolve a apreciação de trabalho artístico. Não por outro motivo, a própria Lei Geral, em seu art. 25, III, definiu como hipótese em que a licitação é inexigível a de *contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.* Nesse caso, a inexigibilidade está ligada à singularidade da prestação, realizada por artista consagrado, mas a dificuldade de apreciação objetiva é algo que perpassa a seleção de qualquer trabalho artístico.

Os critérios de melhor conteúdo artístico e melhor técnica recebem idêntico tratamento na nova Lei, que é pouco clara quanto às suas hipóteses de cabimento. O parágrafo único de seu art. 21 estatui que tal critério *poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia.* Uma norma como essa pode ser interpretada como autorizativa do uso do critério: a) naqueles casos indicados; ou b) **apenas** naqueles casos indicados. Note-se que, ao tratar dos critérios de *técnica e preço* (art. 20) e de maior oferta (art. 22), a Lei não usa a expressão *poderá ser utilizado*, mas *será utilizado*. Relativamente ao de menor preço, não há especificação das hipóteses de cabimento, mas esse é o critério ordinário e que comporta menor grau de subjetivismo no julgamento, comparado aos que envolvem a apreciação de aspectos técnicos ou artísticos, e que, por isso mesmo, deveriam ter sua aplicação mais precisamente delimitada pela Lei[38]. Para evitar exegeses enviesadas, o ideal teria sido deixar claro, no texto no parágrafo único do art. 21, que o critério de melhor técnica **somente** poderá ser utilizado nas hipóteses nele descritas.

Ademais, o critério de melhor técnica da Lei do RDC apresenta uma evidente diferença procedimental em relação àquele de mesmo nome, previsto no art. 46, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. Na sistemática da Lei Geral, o julgamento desse tipo de licitação se processa com o oferecimento de propostas técnicas e de preço pelos licitantes habilitados, e o objeto do certame só é adjudicado ao autor da melhor proposta técnica

[38] É isso que faz a Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 46.

caso ele concorde em reduzir sua proposta de preço ao valor da proposta de menor preço dentre as apresentadas pelos licitantes que tiveram suas propostas técnicas classificadas. Já no caso das licitações julgadas pelo critério de melhor técnica da Lei nº 12.462, de 2011, os licitantes somente apresentam propostas técnicas, e a remuneração ou prêmio já é prefixada no instrumento convocatório, à semelhança do que se dá na modalidade concurso da Lei nº 8.666, de 1993.

Quanto ao critério de melhor combinação de *técnica e preço*, o § 1º do art. 20 da Lei indica suas hipóteses de cabimento, as quais se assemelham às previstas no art. 46, *caput* e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, com uma diferença importante: excetuados os casos de serviços de natureza predominantemente intelectual e de aquisição de bens e serviços de informática, a Lei Geral só admite o uso desse critério em caráter excepcional, *por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto* [ou seja, com valor estimado superior a 37,5 milhões de reais] *majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis.* Já a Lei do RDC admite o uso do critério de *técnica e preço* para todos os objetos que *possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado*.

Da comparação entre os dois textos, é fácil perceber que a nova Lei amplia enormemente a possibilidade de utilização do critério de *técnica e preço*. Cabe lembrar que licitações envolvendo atribuição de pontos a propostas técnicas abrem espaço para maior subjetivismo no julgamento e, por conseguinte, para fraudes[39].

Como a Lei nº 12.462, de 2011, permite que os pontos das propostas técnicas representem até 70% do total de pontos obteníveis pelos licitantes (art. 20, § 2º), o risco de dirigismo é potencializado. Cumpre reconhecer que a Lei Geral não fixa um percentual máximo, o que poderia ser interpretado como uma autorização para que fossem atribuídos às propostas técnicas até mais do que 70% do total de pontos. No entanto, comparado, por exemplo, com o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 32, de 2007, que promove ampla reforma na Lei Geral de Licitações e se encontra atualmente

[39] Conforme observou o Ministério Público Federal, na já citada nota técnica produzida sobre o PLV nº 11, de 2011: *sabe-se que a utilização indevida do critério de técnica e preço para obras e serviços sem cunho intelectual e irregularidades na condução de projetos pelos contratados já deram causa a diversos desvios em licitações e prejuízos ao erário. A esse respeito, cita-se as ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público Federal em relação às obras dos Aeroportos de Vitória, Macapá, e Rio de Janeiro (Santos Dumont), as quais foram, inclusive, objeto da CPMI do Apagão Aéreo.*

em tramitação no Senado Federal[40], a nova Lei é um retrocesso, uma vez que, no PLC, esse percentual máximo é fixado em 50%.

O último critério de julgamento – de maior retorno econômico – não encontra paralelo na Lei Geral. Contraria, a toda evidência, o art. 45, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, nos termos em que se encontra previsto pelo art. 23 da Lei nº 12.462, de 2011, não é possível divisar como seria sua aplicação prática. Ele seria cabível nas licitações para a celebração de contrato de eficiência, definido como aquele cujo objeto constitui *a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual de economia gerada* (art. 23, § 1º).

Na nota técnica que produziu a respeito do PLV nº 11, de 2011, o Ministério Público Federal também se manifestou desfavoravelmente ao critério de maior retorno econômico e ao contrato de eficiência, considerando haver, *in casu*, ofensa ao princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e à objetividade que deve presidir o processo licitatório. O *Parquet* criticou igualmente o fato de não haver delimitação, no PLV, do campo de abrangência do contrato de eficiência, que poderia se estender a qualquer contratação de prestação de serviços, e aduziu que *a nova figura não traz suficiente regramento apto a fornecer segurança jurídica na sua aplicação pela Administração Pública*.

Sobre o critério de maior retorno econômico e o contrato de eficiência, cumpre registrar que o conceito de despesas correntes é dado pelo Direito Financeiro (art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964). Eventual redução em tais despesas não necessariamente se vincula à ação de uma empresa contratada pela Administração para lhe prestar serviços. Variações nas despesas correntes dependem, inclusive, de uma decisão do Poder Legislativo, quando da elaboração do orçamento anual. A necessidade de individualização de cada uma das causas que levam a variações nas despesas correntes dificulta em muito a gestão de contratos celebrados a partir de licitações que utilizem o novo critério previsto. Ademais, as despesas correntes podem aumentar pela simples ampliação dos serviços prestados pela Administração, ainda que a empresa contratada tenha efetivamente realizado ações que proporcionam economia ao órgão ou entidade contratante. Dada a dificuldade em se estabelecer uma correlação material entre os serviços prestados e a contraprestação devida pela Administração, contratos celebrados com fulcro no art. 23 da Lei, a exemplo do que o recente histórico indica quanto aos serviços de publicidade, poderão facilitar a ocorrência de desvios e fraudes no uso de recursos públicos.

---

[40] O substitutivo da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal ao PLC nº 32, de 2007, encontra-se disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=23481&tp=1. Acessado em 5 de agosto de 2011.

O art. 24 da Lei cuida das causas de desclassificação das propostas. Esse tema é bastante sensível, pois, a depender de como esteja disciplinado, o mau administrador disporá de instrumentos para direcionar o certame, de modo a favorecer ou prejudicar licitantes. Bem por isso, as normas que cuidam das hipóteses de desclassificação de propostas devem figurar na Lei Geral, para assegurar um mínimo de uniformidade em matéria que envolve a aplicação de princípios reitores das licitações, como o da isonomia, moralidade e impessoalidade[41]. A Lei nº 12.462, de 2011, apresenta, nesse ponto, dois problemas: a) estatui que serão desclassificadas as propostas que contenham vícios insanáveis, sem fornecer qualquer elemento pelo qual se possa identificar que tipos de vícios são insanáveis; b) determina a desclassificação de propostas que apresentem preços manifestamente inexequíveis, sem apresentar qualquer fórmula que permita apontar quando uma proposta é inexequível.

Diferentemente do novo diploma normativo, a Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 48, fornece critérios de aferição da exequibilidade de proposta. A única previsão da Lei do RDC relativamente à determinação do que seja ou não exequível encontra-se no § 3º do art. 24, segundo o qual *no caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento.* O dispositivo remete à fixação de critérios por regulamento, mas o faz apenas para obras e serviços de engenharia. Com isso, abre a possibilidade de determinação *ad hoc*, pela autoridade administrativa, do que seja inexequível, quando o certame não se dirigir à contratação de obras e serviços de engenharia. Impende reconhecer que critérios abstratos nem sempre serão suficientes para abranger todas as situações concretas de inexequibilidade. No entanto, parece temerário deixar tal determinação ao completo alvedrio da autoridade que elaborar o edital ou à comissão de licitação.

Os critérios de desempate das propostas constituem matéria do art. 25 da Lei do RDC, que destoa da Lei Geral, ao incluir como critérios, nessa ordem (após a qual se seguiriam os da Lei nº 8.666, de 1993): a) uma disputa final entre os licitantes empatados, que poderiam apresentar nova proposta fechada; b) a avaliação de desempenho contratual prévio dos licitantes. Quanto ao segundo, em que pese parecer remota a sua aplicação (já que será necessário haver dois empates consecutivos), apresenta-se indevido, por referir-se a fatos e condições que já são do conhecimento da Administração antes da abertura do certame, além de não se referirem às propostas, mas sim às pessoas dos licitantes[42].

---

[41] Cf. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 557.

[42] Sobre o uso, no julgamento das propostas, de elementos que já são do conhecimento da Administração, e mesmo dos outros licitantes, observa, acertadamente, Adilson Abreu Dallari: *É imperioso que os elementos a serem considerados na avaliação da proposta não sejam previamente conhecidos; caso contrário, por força de sua utilização automática, não ponderada, alguns licitantes, já entrariam no certame em melhor situação do que os demais, o que não se coaduna com a rigorosa igualdade que deve existir entre os proponentes* (*Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 143).

O § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, permite a apresentação, por todos os licitantes, de novas propostas, quando eles tiverem suas propostas desclassificadas. A nova Lei, diferentemente, em seu art. 26, permite a negociação, com o autor da proposta de menor preço, de melhores condições, com o intuito de reduzir o seu valor, de forma a que não exceda o orçamento prévio da Administração. A recusa do primeiro colocado a reduzir o valor de sua proposta implicará sua desclassificação, podendo a Administração realizar as mesmas tratativas com os demais licitantes. Esse procedimento é esdrúxulo. Se todos os licitantes apresentarem propostas acima do valor orçado, suas propostas deverão ser desclassificadas e outra licitação deverá ser instaurada. Mesmo a solução dada pela Lei Geral é objeto de críticas da doutrina. Ao discorrer sobre o art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, observa Marçal Justen Filho[43]:

> O dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com regras e princípios constitucionais. Então, embora descumprindo as exigências, os licitantes *desclassificados* adquiririam faculdade privativa de fornecer novas propostas. Verificar-se-ia uma espécie de tomada de preços entre pessoas pré-escolhidas e predeterminadas. Ora, suponha-se que um terceiro se encontre em condições de contratar com a Administração e não tenha participado da licitação. Desclassificadas todas as propostas, esse terceiro teria frustrado o direito de participar da nova formulação de propostas.

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

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

c) Procedimentos auxiliares às licitações

A Lei nº 12.462, de 2011, define, em seus arts. 29 a 33, como procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC, a pré-qualificação permanente, o cadastramento, o sistema de registro de preços e o catálogo eletrônico de padronização.

A Lei nº 8.666, de 1993, prevê, em seu art. 114, a figura da pré-qualificação, que poderá ser utilizada *sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.* A pré-qualificação aludida na Lei do

---

[43] *Op. cit.*, p. 443.

RDC, porém, é permanente, não se referindo a um caso concreto considerado, destinando-se a identificar: a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; ou b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública. Trata-se, pois, de algo bem diverso da pré-qualificação da Lei Geral, a qual, consoante assinala Marçal Justen Filho[44], *apenas é admissível em concorrências em que se exija uma qualificação técnica especial e superior à necessária a atividades normais*, devendo *justificar-se a adoção da pré-qualificação perante as peculiaridades do objeto licitado*.

A pré-qualificação da Lei nº 12.462, de 2011, mais se assemelha ao cadastro da modalidade de tomada de preços, ao qual alude o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993. Todavia, a nova Lei não estabelece qualquer limite à utilização do procedimento de *pré-qualificação*. Considerando que a Administração poderá promover certames restritos aos licitantes pré-qualificados (art. 30, § 2º), cabendo a regulamento definir em que condições isso se dará, não se pode descartar o risco de que a pré-qualificação possa acarretar a frustração do caráter competitivo das licitações. Com efeito, sabendo-se de antemão quem poderá participar da disputa, é mais fácil promover conluios e formar cartéis.

Quanto aos registros cadastrais, ao sistema de registro de preços e ao catálogo eletrônico de padronização de que cuidam os arts. 31, 32 e 33 da Lei do RDC, não se vislumbra colisão entre as normas que os disciplinam e a Lei Geral, a qual disciplina os registros cadastrais em seus arts. 34 a 37 e o registro de preços em seu art. 15.

d) Outras disposições

O art. 34 da Lei nº 12.462, de 2011, trata das comissões de licitação. De seu turno, o art. 35 nada mais faz do que prever a aplicação, ao RDC, das hipóteses de dispensa e inexigibilidade da Lei nº 8.666, de 1993. Ambos os dispositivos são consentâneos com as disposições da Lei Geral.

Ao cuidar das vedações à participação em certames dirigidas aos autores dos projetos básicos e executivo, bem como aos servidores ou empregados do órgão ou entidade da Administração Pública contratante, o art. 36 praticamente reedita o conteúdo do art. 9º da Lei nº 8.666, de 1993. Dele difere apenas ao excepcionar, em seu § 1º, a situação das licitações para contratações integradas. Como já mencionado, nessa hipótese a responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo é do licitante vencedor.

O art. 37 estabelece vedações à contratação direta, sem licitação. Nos termos desse dispositivo, a Administração é impedida de contratar pessoa jurídica de que seja administrador ou sócio com poder de direção parente, inclusive por afinidade, até o 3º grau civil, de: a) detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na

---

[44] *Op. cit.*, p. 638.

área responsável pela demanda ou contratação; b) autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da Administração Pública. Tal preceito é moralizador e, portanto, positivo.

Numa leitura apressada, poder-se-ia concluir que a norma, por cuidar de restrições à contratação com o Poder Público, somente poderia figurar em lei especial como reprodução da Lei Geral. No julgamento da ADI nº 3.670 (DJ de 18.5.2007), o STF declarou inconstitucional, por ofensa à competência da União para expedir normas gerais sobre licitações e contratos, lei do Distrito Federal que vedava a celebração, pelo governo local, de contratos com empresas que promovessem determinado tipo de discriminação na seleção de seus empregados. Ocorre que o citado art. 37 não veda em caráter absoluto a contratação de determinadas empresas. Veda apenas a contratação sem licitação. E nada impede que os entes federados tratem com mais rigor a contratação direta, reduzindo os casos de dispensa. O que não podem é ampliar as hipóteses de dispensa previstas na Lei Geral.

A despeito de seu mérito, o art. 37 deve ser interpretado com cuidado, pois uma das leituras possíveis de seu texto conduz a resultado afrontoso à Constituição. O interdito à contratação, no caso de empresa de parente de autoridade superior, não deixa claro se a referência a *cada órgão ou entidade da Administração Pública* envolve todos os órgãos e entes da Administração Pública ou apenas o promotor da contratação. Se se refere a todos os órgãos e entes, o dispositivo se revela inconstitucional, por ferir o princípio da proporcionalidade. Com efeito, não se afigura razoável proibir, por exemplo, que empresa pertencente a parente em 3º grau de um Secretário de Estado de Rondônia celebre contrato com o Estado do Rio de Janeiro, ainda que a vedação diga respeito exclusivamente a contratações sem licitação.

Por fim, o art. 38 da Lei determina que as regras de preferência de fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras constantes da legislação de âmbito geral sejam aplicadas no âmbito do RDC (art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006). Como o art. 3º, § 2º, da Lei afasta genericamente a incidência das normas gerais, entendeu-se necessário fazer remissão expressa aos dispositivos que veiculam as regras de preferência, para assegurar-lhes a aplicação.

VI. O ORÇAMENTO SIGILOSO

a) Contrariedade à Lei Geral de Licitações

O *orçamento sigiloso* encontra-se previsto no art. 6º da Lei nº 12.462, de 2011, que dispõe:

> **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.
>
> .....
>
> § 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.

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

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

Não resta dúvida de que a nova regra entra em rota de colisão com diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Choca-se com o art. 40, § 2º, II, da mencionada Lei, que dispõe constituir anexo do edital do certame, *orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários.* Colide, igualmente, com o art. 44, § 1º, segundo o qual *é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes,* e com o art. 3º, § 3º, da mesma Lei, de acordo com o qual a *licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura*. Em se considerando gerais as normas retrotranscritas da Lei nº 8.666, de 1993, a consequência será a inconstitucionalidade formal do art. 6º da Lei do RDC, pelas razões expendidas na Seção IV deste trabalho[45].

---

[45] O caráter geral das normas citadas é reconhecido por Jessé Torres Pereira Júnior (*op.cit.*, pp. 86, 485 e 540) e Toshio Mukai (*op. cit.*, p. 13).

b) Sobre a conveniência e eficácia do orçamento sigiloso

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

Conforme divulgado pelos órgãos de imprensa, o Poder Executivo defende esse sigilo sob o argumento de evitar *a prática de elevação dos preços e de formação de cartel*[46].

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame. Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. O que pode variar é o êxito dessa estratégia. Os cartéis costumam dividir o mercado de obras públicas mediante combinação dos preços das propostas apresentadas pelos seus integrantes. Escolhe-se previamente que licitante vencerá cada certame. Todos os demais participantes do conluio oferecem propostas em valor superior, de modo a possibilitar a sua vitória. Com isso, e tendo acesso ao orçamento previamente divulgado, o integrante do cartel ao qual foi atribuído o objeto da contratação pode oferecer uma proposta de preço mais próxima do valor máximo admitido pela Administração, mas que não o ultrapasse, evitando sua desclassificação[47].

Em um mundo onde não haja corrupção dos agentes públicos, a manutenção do orçamento em sigilo pode funcionar como estratégia de combate à prática acima descrita. Com efeito, desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração, o licitante (mesmo na hipótese de combinação de preços pelo cartel) terá incentivos para reduzir o valor de sua proposta, sob o temor de vê-la desclassificada, o que redundará em margens maiores de desconto para o Poder Público, relativamente ao valor constante do orçamento. Nesse sentido, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao editar suas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater conluios nos certames para contratação pública), recomendou:

> Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha

---

[46] Cf.: http://www1.folha.uol.com.br/poder/931459-dilma-diz-que-sigilo-de-orcamentos-da-copa-foi-mal-interpretado.shtml. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[47] Nos termos do art. 48, II, da Lei nº 8.666, de 1993, devem ser desclassificadas as propostas com valor global superior ao limite estabelecido, sendo obrigatório, de acordo com o art. 40, X, da mesma Lei, que o edital informe o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, permitida a fixação de preços máximos.

> confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública.[48]

No mundo real, no entanto, essa ideia, concebida para combater o conluio de licitantes, pode resultar ineficaz quando: a) houver corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas; b) os competidores se recusarem a baixar os preços de suas propostas.

O primeiro caso é de simples compreensão: se os integrantes do cartel obtiverem informações privilegiadas de agentes públicos corruptos, a prática antes descrita continuará sendo possível.

Já no segundo caso, se os licitantes continuarem a oferecer propostas com preços superiores aos do orçamento da Administração, será necessário renovar o processo licitatório, até que algum deles apresente proposta em valor inferior ao do orçamento, ou, nos termos do já comentado parágrafo único do art. 26 da Lei do RDC, negociar com o autor da melhor proposta a sua redução até que alcance o valor orçado pela Administração. No limite, os licitantes descobririam o valor do orçamento da Administração, por um método de tentativa e erro, e o sigilo inicial do orçamento seria de muito pouca valia.

Assim, embora a previsão do orçamento sigiloso seja justificada com o argumento de que ele poderia combater estratégias cartelísticas, é duvidosa a sua eficácia. Em um mercado cartelizado, bastará aos participantes do conluio persistir nas práticas atuais, para obterem resultado semelhante aos verificados atualmente. Se todos oferecerem propostas de preço superiores ao orçamento sigiloso da Administração, esta findará por negociar melhores condições com o autor da melhor proposta, valendo-se do disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei, até que o preço por ele oferecido se equipare ao constante do orçamento.

Como alternativa aos procedimentos descritos no parágrafo anterior, o órgão ou ente promotor do certame poderá realizar a contratação direta, com base no inciso VII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece ser dispensável a licitação *quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único*[49] *do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços*.

---

[48] *Use a maximum reserva price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority* Cf.: www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[49] A remissão ao parágrafo único do art. 48 está equivocada no texto legal. Na verdade, trata-se do § 3º do art. 48.

A respeito da importância de divulgação do orçamento previamente à apresentação das propostas pelos licitantes, observa Marçal Justen Filho[50]:

> Questão que sempre merece reiteração é a vedação ao sigilo acerca de informações relevantes. Uma dessas questões é o valor do orçamento ou do preço máximo. O tema adquiriu contornos muito mais relevantes em face das fórmulas de apuração de inexequibilidade consagradas nos §§ 1º e 2º do art. 48. Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentes. No caso, o próprio art. 44, § 1º, explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo. [...]
>
> O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a práticas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe.
>
> Até se poderia cogitar de outras práticas de extrema nocividade, tal como a produção de valores máximos destinados a prejudicar determinados licitantes, desafetos da Administração.

A situação descrita pelo jurista ainda é agravada, no caso da Lei nº 12.462, de 2011, porque ela sequer estabelece regras para aferição da exequibilidade das propostas (art. 24), apenas delega a regulamento a fixação de tais regras, no caso de obras e serviços de engenharia.

Outra hipótese de desvirtuamento dos propósitos invocados para a previsão do orçamento sigiloso é a alteração do orçamento inicialmente elaborado, após a abertura das propostas, para evitar a renovação do processo licitatório, quando nenhum dos licitantes apresentar proposta abaixo do valor máximo definido originalmente pela Administração. O agente estatal pode ver-se tentado a adotar esse expediente, para evitar atrasos no cronograma de realização do objeto, mormente em face do tempo que resta para o início dos eventos desportivos em comento.

Uma forma de evitar isso, bem assim os casos de dirigismo de que cogita Marçal Justen Filho, seria, como preconizado pela OCDE, manter uma via do orçamento, lacrada, sob custódia de uma autoridade pública não vinculada ao órgão ou ente promotor da licitação (o Tribunal de Contas, por exemplo). Outra alternativa seria tornar público o orçamento após a entrega das propostas, mas antes da abertura dos invólucros que as contêm. De qualquer modo, a simples previsão de acesso irrestrito aos dados do orçamento pelos órgãos de controle interno e externo já constitui um mecanismo importante para mitigar os riscos de práticas como a anteriormente descrita.

---

[50] *Op. cit.*, p. 387.

c) A divulgação do orçamento da licitação no Direito Comparado

No âmbito da União Europeia, vigora a Directiva nº 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços*, a qual, em seu art. 35 e seguintes, contempla regras de publicidade dos anúncios referentes às licitações promovidas pelos Estados-membros[51]. De acordo com o Anexo VII-A dessa Directiva, devem constar do anúncio de pré-informação[52], entre outros dados: a) quando se tratar de contratos de fornecimento: o valor dos produtos a fornecer; b) quando se tratar de contratos de empreitada de obras públicas: a estimativa da margem da variação do custo das obras previstas, **se estiver disponível**; c) quando se tratar de contratos de serviços: o montante total previsto das aquisições para cada uma das categorias de serviços.

Além disso, conforme o mesmo Anexo VII-A, deve constar do anúncio dos concursos públicos, limitados, diálogos concorrenciais e procedimentos de negociação[53], quando se tratar de contratos do tipo acordo-quadro[54]: o valor total estimado das obras, serviços e produtos para todo o período de duração do contrato, assim como, na medida do possível, o valor e frequência dos contratos a adjudicar.

Em consonância com a já citada Directiva nº 2004/18/CE, o Regulamento (CE) nº 1.564/2005, de 7 de setembro de 2005, que estabelece os modelos de formulários-tipo utilizados nos anúncios dos processos de adjudicação de contratos públicos, prevê, em seu Anexo I, que deve constar do anúncio de pré-informação para a contratação de obras, fornecimentos ou serviços o seu valor estimado, **se conhecido**[55]. O Anexo II do mesmo Regulamento prevê que se informe, igualmente, no anúncio do concurso para a contratação de obras, fornecimentos ou serviços, o seu valor estimado, **se conhecido**.

A legislação dos Estados-membros deve se adequar aos comandos constantes daquelas Directivas. Em Portugal, por exemplo, o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, prevê a divulgação dos preços estimados das contratações no anúncio de pré-informação.

---

[51] Cf: http://www.inci.pt/Portugues/DonosObraPublica/GuiaSector/Documents/Directiva%2018-2004.pdf. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[52] Os anúncios de pré-informação são divulgados no início de cada exercício e contêm os valores estimados de todos os contratos que serão celebrados ao longo do ano pela entidade adjudicante.

[53] O anúncio corresponde ao edital de licitação do Direito brasileiro. Concursos públicos, limitados, diálogos concorrenciais e procedimentos de negociação constituem as modalidades de licitação previstas no Direito comunitário.

[54] Sistema semelhante ao registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.

[55] Cf.: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2005R1564:20091201:PT:PDF. Acessado em 5 de agosto de 2011.

Também considera como informação essencial, a constar do caderno de encargos[56], o preço base, utilizado como parâmetro para a contratação.

De acordo com o art. 34 do CCP, devem constar do anúncio de pré-informação o preço contratual estimado de todos os contratos de locação ou de aquisição de bens móveis, bem como de aquisição de serviços, a serem celebrados nos doze meses seguintes. Já o art. 42 do mesmo diploma legal define o caderno de encargos como *a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar*, devendo conter referência a *aspectos essenciais da execução do contrato, tais como o preço*. De seu turno, o art. 47 conceitua o preço base como *o máximo a que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações*, não podendo exceder *o valor fixado no caderno de encargos como parâmetro base do preço contratual.*

Também na Espanha, a teor do Anexo II do Decreto Real nº 817/2009, de 8 de maio de 2009 (Boletín Oficial del Estado nº 118, de 15 de maio de 2009, p. 41.253), deve constar dos editais de licitação o valor estimado da contratação[57].

Na França, ao revés, o Código de Contratos Públicos (*Code des Marchés Publics*), em seus arts. 40, V, e 150, V, dispõe que o ente ou órgão contratante não é obrigado a divulgar, no edital de licitação para a contratação de obras, serviços ou fornecimentos, o preço estimado das prestações esperadas[58]. Em resposta a questão escrita formulada pelo Senado Francês, o Ministro da Economia reiterou, em 2007, que a divulgação do preço estimado dos contratos no edital de licitação, nos termos do referido Código, não constitui uma obrigação[59].

Nos Estados Unidos, a *Federal Acquisition Regulation* (FAR), norma que regula os procedimentos de contratação no âmbito do Governo Federal, prevê, em sua Seção 36.203 (d), que o acesso às informações referentes ao orçamento elaborado pela Administração, no tocante aos contratos de obras a serem celebrados, deve-se limitar aos funcionários cujos deveres requerem tal conhecimento, permitido o levantamento do sigilo em relação a serviços especializados, durante as negociações do contrato, na

---

[56] O caderno de encargos contém todas as informações necessárias à formulação das propostas. Por óbvio, os participantes do certame têm acesso a tais informações, mesmo porque de suas propostas deve constar declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos (art. 57º, 1, *a*, do Código dos Contratos Públicos). Exemplos de anúncios de concurso público, com especificação do preço base do contrato, podem ser vistos no Portal dos Contratos Públicos: http://www.base.gov.pt/Paginas/Default.aspx. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[57] O Decreto regulamenta a Lei nº 30/2007, de 30 de outubro de 2007, que dispõe sobre os contratos do setor público. O art. 107 dessa Lei determina que os projetos de obras contenham um orçamento com expressão dos preços unitários. Os licitantes devem ter acesso ao projeto, para elaborarem suas propostas. O seguinte sítio eletrônico do governo espanhol veicula informações sobre as licitações em curso, bem como o valor estimado de cada uma delas: http://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[58] Cf.: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=vig. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[59] Cf. http://www.senat.fr/questions/base/2006/qSEQ061125198.html. Acessado em 5 de agosto de 2011.

medida considerada necessária para se chegar a um preço justo e razoável. Em todo caso, a norma veda a divulgação do montante global do orçamento governamental, exceto se permitido pela legislação do órgão.

A Seção 36.213-2 da FAR, ao cuidar dos avisos de licitação para contratar obras, determina que eles contenham detalhes suficientes sobre a natureza e o volume da obra, incluindo a faixa estimada de preço. As faixas de preço estão fixadas na Seção 36.204 da FAR, a qual dispõe que, em hipótese alguma, os dados sobre a magnitude da obra, inclusive a faixa de preço indicada, podem revelar o valor do orçamento prévio da Administração[60].

VII. A CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A contratação integrada, prevista no art. 9º da Lei, constitui um novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, no qual o contratado fica incumbido não apenas da execução das obras e serviços, mas também das etapas prévias de elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo correspondentes.

A Lei nº 12.462, de 2011, parece ter se inspirado, nesse ponto, no regulamento de procedimento licitatório simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, e que estabelece[61]:

> 1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

A previsão do art. 9º da Lei apresenta problemas de constitucionalidade tanto sob a perspectiva formal quanto sob a material. Formalmente, o dispositivo contraria normas da Lei nº 8.666, de 1993, mais precisamente: a) o art. 7º, § 2º, I e II, de acordo com o qual *as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto*

---

[60] Cf.: https://www.acquisition.gov/far/current/html/Subpart%2036_2.html#wp1084226. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[61] O referido decreto foi editado com base em delegação promovida pelo art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Esse dispositivo legal foi considerado inconstitucional pelo TCU, na Decisão nº 663/2002 (DOU de 8.7.2002). O STF, porém, em diversas decisões monocráticas em mandados de segurança, tem suspendido acórdãos do TCU que, ao concluir pela invalidade do regulamento simplificado da Petrobras, determinam a aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, aos certames da estatal. Nesse sentido: MS nº 25.888 (DJ de 29.3.2006), MS nº 27.337 (DJ de 28.5.2008), MS nº 28.745, DJ de 13.5.2010). Cabe observar que a própria Constituição, em seu art. 173, § 1º, I, prevê a existência de um regime diferenciado de licitações para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. O que se discute, no caso da Petrobras, é a ausência da lei aludida no art. 173, § 1º, e a delegação legislativa promovida pela Lei nº 9.478, de 1997. Por óbvio, o precedente não pode ser invocado em favor do RDC, porque ele não se dirige especificamente às estatais exploradoras de atividade econômica. E mesmo que se dirigisse, as preocupações quanto à inobservância de princípios constitucionais, adiante expostas, continuariam presentes.

básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, e existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; b) o art. 40, § 2º, I e II, segundo o qual *constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos.*

Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do RDC, pode conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público. Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.

Enquanto se discute a elaboração do próprio projeto executivo anteriormente à abertura do certame[62], a previsão da Lei do RDC vai na contramão de esforços para assegurar um melhor planejamento das obras públicas, que evite problemas de execução, o encarecimento dos custos para Administração e a celebração de aditivos.

Ao propugnar a realização de certames apenas após a conclusão dos projetos executivos de obras, Adilson Abreu Dallari assinala que *a exigência apenas de um projeto básico tem servido para, após a contratação, revelar a inviabilidade da execução do contrato e, assim, justificar alterações que normalmente multiplicam o valor contratado*[63].

Na mesma linha, as observações de Marçal Justen Filho[64], feitas ao projeto executivo nas licitações para a contratação de obras:

> A regra geral exige [...] a existência de um projeto executivo (ou instrumento similar que contemple as soluções que serão executadas). Lembre-se que, na ausência de um projeto executivo, torna-se impossível estimar o próprio custo da futura contratação. Ou seja, a ausência de projeto executivo importa sério risco de frustração do princípio constitucional e legal de que toda e qualquer contratação pressupõe recursos financeiros suficientes. Uma das vias para tornar inútil a determinação da previsão de recursos orçamentários reside em promover contratação sem projeto executivo. Essa prática tem sido largamente utilizada, lamentavelmente, entre nós. [...]

---

[62] Cf. substitutivo ao PLC nº 32, de 2007, atualmente pendente de votação no Senado Federal.

[63] *Op. cit.*, p. 108. Cf. também: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Comentando as Licitações Públicas*, Série Grandes Nomes, vol. III, Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2002, p. 69. A mesma posição é adotada pelo Instituto Militar de Engenharia, no estudo *OS SERVIÇOS DE ENGENHARIA NO BRASIL: DIAGNÓSTICO 2004*, disponível em http://www.anebrasil.org.br/periodico/period_1.doc. Acessado em 5 de agosto de 2011.

[64] *Op. cit.*, pp. 109-10.

> Tem de evitar-se uma prática difundida na Administração, consistente em elaborar um projeto básico absolutamente incompleto e deficiente promovendo licitação para um contrato indeterminado e impreciso. O resultado prático é a absoluta desconexão entre o perfil definitivo da contratação e a licitação originalmente realizada, inclusive no tocante às estimativas iniciais de custo.
>
> Configura-se um acinte à Constituição e à Lei quando se promove licitação de obras de enorme complexidade (rodovias, metrôs, projetos de irrigação) sem projeto executivo. A maior causa de inovações e modificações nas contratações consiste precisamente nesse ponto. Talvez uma das providências mais essenciais que a reforma da Lei de Licitações deva conter seja a vedação à instauração de licitação de obras fundada apenas em projeto básico. A existência do projeto executivo é uma garantia inafastável para o interesse público.

Ora, se até mesmo o projeto executivo é visto por boa parte da doutrina como essencial à abertura de processo licitatório para a contratação de obras, com maior razão deve ser elaborado projeto básico prévio. Sem um projeto básico bem elaborado e um orçamento detalhado, o próprio julgamento objetivo das propostas pode ficar comprometido, restando malferido o princípio da isonomia. Outra não foi a conclusão do Ministério Público Federal, na nota técnica anteriormente citada, ao comentar o regime de contratação integrada e a exigência apenas de anteprojeto de engenharia nos certames para contratação segundo esse regime:

> [O] conteúdo do denominado *anteprojeto de engenharia* é extremamente vago, genérico, e implicará a não definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, violando expressamente o artigo 37, inciso XXI, que impõe o dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia e pressupõe logicamente a sua exata configuração. Não há licitação sem prévio e determinado objeto, porque sem isto não há condições de disputa.
>
> Admitindo-se o *anteprojeto de engenharia*, isto implicará violação do princípio da competitividade, isonomia e da impessoalidade, porque impedirá o julgamento objetivo da licitação. Também poderá ensejar graves desvios de verbas públicas em razão da deficiência e da insuficiência do citado *anteprojeto de engenharia*. [...]
>
> A licitação é um procedimento destinado a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do artigo 37, inciso XXI, CF. No regime da contratação integrada, leva-se ao extremo a ideia de flexibilização da identificação do objeto da licitação, levando o regime para o campo da inconstitucionalidade, porque não se tem no referido regime objeto definido e apto a ser licitado, a servir de parâmetros para propostas diversas que possam ser objetivamente comparáveis. Ou seja, não se tem a definição do objeto contratável, e, portanto, há nítida fuga ao dispositivo constitucional citado.

De acordo com o art. 9º, § 2º, I, da Lei do RDC, o anteprojeto de engenharia deve contemplar *os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço*. Evidentemente, o grau de detalhamento e precisão desse anteprojeto

não será equiparável ao do projeto básico, mesmo porque, se assim fosse, a inovação legislativa não teria razão de ser[65].

É evidente o propósito de, dada a proximidade dos eventos desportivos de 2014 e 2016, permitir sejam licitadas obras com dispensa dos elementos técnicos exigidos em um projeto básico, o que só vem reforçar o caráter casuístico da nova Lei. Prova-o a caracterização que a própria Lei do RDC faz do anteprojeto e do projeto básico:

Elementos do projeto básico (art. 2º, parágrafo único)	**Elementos do anteprojeto de engenharia (art. 9º, § 2º, I)**
a) Desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza; b) Soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública; c) Identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento; d) Informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra; 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.	a) Demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições quanto ao nível de serviço desejado; b) Condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; c) Estética do projeto arquitetônico; d) Parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

[65] A respeito do anteprojeto de engenharia, observa Cláudio Sarian Altonian (*Obras públicas*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 138): *Em caso de obras de maior porte, após a conclusão dos estudos preliminares, é necessário o desenvolvimento de anteprojeto para a elaboração e representação técnica da solução aprovada; a definição dos principais componentes arquitetônicos e estruturais da obra; o estabelecimento das instalações em geral; e a definição do custo médio. Esta fase possibilita o melhor conhecimento do empreendimento, o aprimoramento dos valores dos investimentos, bem assim a definição de diretrizes para a contratação do projeto básico. Contudo, ainda faltam diversos requisitos para a perfeita caracterização da obra em virtude da ausência de estudos que só serão conduzidos nas próximas fases.*

A jurisprudência do TCU é firme em acentuar a imprescindibilidade do projeto básico nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia. Na Decisão nº 339/2000 – Plenário (DOU de 10.5.2000), em que se discutiu a matéria, o Ministro Relator atentou para:

> [...] a necessidade de prévia elaboração de projeto básico nas licitações de obras públicas, a fim de garantir a lisura do procedimento licitatório e que a proposta apresentada seja factível, evitando reajustes contratuais indevidos ou superiores aos limites previstos na Lei nº 8.666/93, alterações em quantitativos de itens contratados e modificações nas soluções técnicas que, além de dificultar sobremaneira o exercício do controle, aumentam as necessidades de recursos financeiros para a conclusão dos empreendimentos, ao ponto de, em alguns casos retardar, em muito sua conclusão, gerando as chamadas obras inacabadas, indiscutivelmente nocivas à sociedade.[66]

O § 4º do art. 9º da Lei, aparentemente como uma compensação à possibilidade de realização de certames sem projeto básico, prevê que, na contratação integrada, será vedada a celebração de termos aditivos. No entanto, o próprio dispositivo, ao se desdobrar em incisos, excepciona a proibição, admitindo os aditivos

> para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior, bem como 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, observado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei e os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (art. 9º, § 4º, I e II).

Ora, numa situação em que o Poder Público sequer definiu previamente, com suficiente grau de precisão, o que deve ser executado, é de se esperar que não sejam incomuns situações em que o órgão contratante entenda necessária a celebração de aditivos, os quais poderão representar, consoante o art. 65, § 1º, da Lei Geral, um acréscimo de até 25% no valor inicial do contrato, ou de até 50% no caso específico de reforma de edifício ou equipamento.

VIII. REGRAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS NO ÂMBITO DO RDC

Os contratos no âmbito do RDC são regulados pelos arts. 39 a 44. Diferentemente do que estabelece para o processo licitatório, a Lei nº 12.462, de 2011, determina, em seu art. 41, a aplicação das normas da Lei nº 8.666, de 1993, aos contratos administrativos. A incidência da Lei Geral é afastada apenas nos pontos em que a Lei do RDC dispõe expressamente em contrário. Essa previsão se afigura menos disparatada que a do § 2º do art. 1º da Lei do RDC. Ainda assim, o raciocínio no sentido

[66] Na mesma direção, podem ser citados: Acórdão nº 77/2002 – Plenário (DOU de 11.4.2002), Acórdão nº 2.012/2007 – Plenário (DOU de 28.9.2007), Acórdão nº 2.157/2010 – Plenário (DOU de 1.9.2010).

da invalidade da norma, desenvolvido *supra*, subsiste nos pontos da disciplina contratual que constituem matéria de norma geral e sobre os quais a Lei dispõe diferentemente da Lei nº 8.666, de 1993.

Durante a votação dos destaques oferecidos ao PLV nº 17, de 2011, na Câmara dos Deputados, restou suprimido o parágrafo único do art. 39 que equiparava às alterações contratuais previstas no art. 65, I, *a*, da Lei nº 8.666, de 1993, as modificações supervenientes decorrentes de normas ou exigências apresentadas pelas entidades internacionais de administração do desporto nos projetos básicos e executivos das obras e serviços, desde que homologadas pelos Comitês Olímpico e Paraolímpico Internacional ou pela FIFA. Nesse caso, não seriam aplicáveis os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993[67]. Com isso, as alterações contratuais deixariam de se sujeitar a um teto, nas circunstâncias descritas no parágrafo único do art. 39 do PLV. Obviamente, a ausência de limites para aditivos contratuais poderia facilitar a ocorrência de burla ao processo licitatório.

O ideal é que a Administração, antes do certame, sempre defina com o maior grau de precisão possível o objeto a ser licitado e faça os estudos e o planejamento devidos para evitar a necessidade de mudanças no curso da execução contratual. Entretanto, cumpre registrar que o próprio TCU ao analisar o art. 65, I, *a*, e § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, entendeu serem admissíveis alterações contratuais acima dos limites de 25% do valor inicial (ou 50% no caso de reforma), em situações excepcionais (Decisão nº 215/1999 – Plenário, DOU de 21.5.1999). Tal exegese da Lei foi adotada em processo de consulta, o que confere caráter normativo à decisão da Corte, a qual concluiu que:

> a) tanto as alterações contratuais quantitativas – que modificam a dimensão do objeto – quanto as unilaterais qualitativas – que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;
>
> b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

---

[67] O art. 65, I, *a*, da Lei Geral dispõe que os contratos poderão ser alterados unilateralmente pela Administração *quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos*. Já o § 1º do mesmo artigo estabelece que *o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.*

> I – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
>
> II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
>
> III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
>
> IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
>
> V – ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
>
> VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea *a*, *supra* – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

O disposto no parágrafo único do art. 39 do PLV extrapolava até mesmo a interpretação mais liberal do TCU, uma vez que: a) não explicitava que a ultrapassagem dos limites do § 1º do art. 65 da Lei Geral somente poderia ocorrer quando se tratasse de alterações consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas; b) não submetia tais alterações à observância cumulativa dos pressupostos indicados na letra *b* do excerto da decisão do TCU supratranscrito, condicionando-as apenas a normas ou exigências apresentadas pelas entidades internacionais de desporto.

A supressão do parágrafo único do art. 39 pela Câmara dos Deputados foi muito positiva. Nos termos do texto sancionado, as entidades desportivas internacionais não poderão exigir alterações na execução dos contratos que impliquem aditivos em percentual superior aos fixados pela Lei nº 8.666, de 1993.

Outra consequência da supressão do parágrafo único diz respeito à contratação integrada. O *caput* do art. 39 prevê a aplicação das normas da Lei Geral aos contratos administrativos celebrados no âmbito do RDC, com exceção das regras específicas constantes da nova Lei. Desse modo, a tais contratos aplicar-se-ão os limites de aditivos do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Ocorre, contudo, que o art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.462, de 2011, veda a celebração de aditivos na contratação integrada, exceto nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e de necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, observados os limites do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

O dispositivo da Lei Geral que, na visão do TCU, abre, excepcionalmente, a possibilidade de extrapolação dos referidos percentuais em aditivos é a alínea *a* do inciso I do art. 65, que permite a alteração unilateral do contrato pela Administração quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos. Ora, exatamente nesse caso a Lei do RDC determina inequivocamente a observância do teto percentual para aditivos. Assim, nas contratações integradas deve-se concluir que não haverá possibilidade, mesmo nas hipóteses cogitadas pelo TCU para os contratos celebrados sob a égide da Lei Geral, de extrapolação dos percentuais de 25% e 50% para os aditivos.

O art. 40 da Lei do RDC contém outra disposição conflitante com norma geral contida na Lei nº 8.666, de 1993. Na hipótese de o licitante vencedor recusar-se a celebrar o contrato e de os licitantes remanescentes não aceitarem celebrá-lo nas condições da proposta vencedora, o dispositivo faculta à Administração, a convocação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, **obedecidas as condições ofertadas por estes**, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação. Tal disposição colide com a Lei Geral, que, em seu art. 64, § 2º, autoriza a Administração, quando o licitante vencedor recusar-se a celebrar o contrato, apenas a revogar a licitação ou a *convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado*.

Incorre no mesmo vício o art. 41 da Lei nº 12.462, de 2011, ao permitir que sejam contratados, para a execução de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens, em decorrência de rescisão contratual, os participantes das licitações das quais se originaram os contratos rescindidos, observadas **a ordem de classificação e as condições por eles ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação**. Ora, o art. 24, XI, da Lei nº 8.666, de 1993, admite a dispensa de licitação nas mesmas circunstâncias, mas a condiciona à aceitação das *mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido*.

Ao versar sobre a duração dos contratos, o art. 42 permite que a vigência daqueles cujo objeto sejam obras previstas no Plano Plurianual se estenda durante por todo o período do plano, obedecido o *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993. Tal regra é dispensável, uma vez que o art. 57, I, daquela Lei já excepciona a situação dos *projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório.* De resto, a referência ao *caput* do art. 57 parece contraditória, já que esse dispositivo estabelece a regra geral que limita a duração dos contratos à vigência dos respectivos créditos orçamentários (ou seja, ao exercício financeiro respectivo).

Outro dispositivo que está em rota de colisão com a Lei Geral é o art. 43, segundo o qual a vigência dos contratos para a prestação de serviços contínuos celebrados pelos entes públicos no âmbito do RDC poderá se estender até a data de extinção da Autoridade Pública Olímpica (APO).

De acordo com a Cláusula Vigésima Quarta do Protocolo de Intenções ratificado pela Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, a APO será extinta em 31 de dezembro de 2018, podendo seu prazo de duração ser prorrogado em até dois anos, por decisão do Conselho Público Olímpico. Assim, é possível que a APO tenha existência até 31 de dezembro de 2020.

A Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 57, II, limita a 60 meses a duração máxima (contadas as eventuais prorrogações) de contratos de serviços contínuos. Desse modo, contratos de serviços contínuos que venham a ser celebrados ainda em 2011, com base em norma como a do art. 43 da Lei do RDC, poderão viger por mais de 9 anos, quase o dobro do prazo máximo fixado pela Lei Geral.

Ademais, cabe observar que a APO é um consórcio público incumbido de coordenar ações públicas relacionadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Não há fundamento para se vincular a vigência de contratos referentes à Copa do Mundo de 2014 ao prazo de vigência da APO.

Por fim, o art. 44 da Lei, incorretamente localizado na Seção que cuida dos contratos, trata da anulação e revogação de licitações. O dispositivo limita-se a dispor que as regras do art. 49 da Lei Geral serão aplicáveis à anulação e revogação de certames regidos pela nova Lei.

IX. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS, IMPUGNAÇÕES E RECURSOS

A Lei do RDC dedica sua Seção IV aos pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos. Seu art. 45 repete os comandos dos arts. 41 e 109 da Lei nº 8.666, de 1993, relativos às hipóteses de cabimento de recursos e impugnações, bem assim seus prazos. Discrepa da Lei Geral ao alterar de 2 para 5 dias úteis antes da abertura das propostas a data limite para impugnação do edital, e ao reduzir de 10 para 5 dias úteis o prazo para interposição de recurso contra decisão que declare a inidoneidade do contratado.

A legislação específica poderia fixar prazos recursais superiores ao mínimo estabelecido na Lei Geral, mas não inferiores, haja vista que as normas gerais preveem condições mínimas para assegurar a observância dos princípios constitucionais aplicáveis à licitação. Prazos mais curtos prejudicam a defesa do licitante ou contratado.

Não por outro motivo, Alice Gonzalez Borges[68] qualifica como normas gerais sobre licitações as que preveem prazos mínimos para a interposição de recursos.

Uma última observação quanto ao art. 45 refere-se à *abertura das propostas* (inciso I), eleita como um dos marcos temporais para a contagem de prazos. A expressão utilizada é inadequada, porquanto a Lei admite o oferecimento de propostas no modo aberto (art. 17, I).

Já o art. 46 contém mais uma remissão à Lei Geral. Determina seja aplicado ao RDC o disposto no art. 113 da Lei nº 8.666, de 1993, que cuida da fiscalização, pelos tribunais de contas, da execução de contratos.

X. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Composta apenas pelo art. 47, a Seção V da Lei prevê nova sanção administrativa, similar à declaração de inidoneidade do art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 1993. Conquanto as duas acarretem o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, nas três esferas da Federação, suas durações são distintas. A sanção do art. 47 é limitada a 5 anos. Já a declaração de inidoneidade vigora enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorridos dois anos. Além disso, a Lei do RDC relaciona as condutas que ensejam a aplicação da penalidade do art. 47, diferentemente do que ocorre com a Lei Geral, que é silente quanto às hipóteses de cabimento das sanções nela previstas.

Embora seja elogiável o propósito de dotar a Administração de instrumentos para punir licitantes e contratados faltosos ou desonestos, tal matéria deve ser objeto de norma geral, por envolver interdito à participação em certames e à contratação com o Poder Público. Nesse sentido o já citado acórdão do STF na ADI nº 3.670, no qual a Corte concluiu que a competência legislativa para editar *norma geral de incapacitação para licitar* é a referida no art. 22, XXVII, da Constituição Federal[69]. Ora, se disposições com esse conteúdo devem constar das normas gerais a que alude o citado preceito constitucional, então a União não pode criar para si, ou para apenas alguns entes, hipótese de penalidade como a do art. 47, sem estender a possibilidade de sua aplicação para todos os demais entes federados.

Ademais, dada a gravidade da sanção em comento, parece contrariar o princípio da proporcionalidade dispor que ela seja cabível em situações como a de *deixar de entregar a documentação exigida para o certame* (art. 47, II). Noutras

---

[68] *Op. cit.*, p. 93.

[69] No mesmo sentido, Lúcia Vale Figueiredo (*op. cit.*, p. 37).

hipóteses de aplicação, a Lei utilizou expressões por demais amplas, como *comportar-se de modo inidôneo*, que podem dar azo à imposição dessa pena em circunstâncias que não se revistam de gravidade a justificá-la.

XI. DISPOSIÇÕES FINAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DO RDC

Em seu art. 64, a Lei dispõe que caberá ao Poder Executivo federal regulamentar o Capítulo relativo ao RDC. Ora, o RDC se aplica, nos termos do art. 1º, às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, seja qual for o ente público que promova tais licitações ou celebre tais contratos. Se se pretende submeter os Estados e Municípios onde ocorrerão os eventos desportivos a tal regulamento, o dispositivo se afigura inconstitucional, por ferir a autonomia dos entes federados. Expedidas as normas gerais pela União, compete a cada ente, em seu âmbito, editar sua própria legislação, que deverá observar os preceitos da Lei Geral. O regulamento do Chefe do Poder Executivo federal não pode, pois, subordinar licitações promovidas por Estados e Municípios.

A expedição de decretos regulamentares, consoante assinala Bandeira de Mello, não constitui apenas expressão de um poder normativo do Presidente da República, mas também de seu poder hierárquico, mediante o qual ele *restringe os comportamentos possíveis de seus subordinados e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder*, de sorte a uniformizar, *processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos*, tudo isso com objetivo de dar fiel execução a leis que demandem atuação administrativa (art. 84, IV, da Constituição Federal)[70]. O Chefe do Poder Executivo Federal não exerce qualquer poder hierárquico sobre as administrações públicas estadual e municipal, e pensar que ele pudesse expedir normas ordenadoras dos serviços e dos modos de proceder do funcionalismo de outros entes federados equivaleria a recusar-lhes uma autonomia que lhes foi assegurada constitucionalmente (art. 18 da Lei Maior).

Por fim, o art. 65 autoriza a aplicação imediata do RDC às contratações relativas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, antes mesmo da definição da Carteira de Projetos Olímpicos pela APO, se isso se revelar imprescindível ao cumprimento das obrigações assumidas perante os Comitês Olímpico e Paraolímpico

---

[70] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 339. Outrossim, como assinalou Geraldo Ataliba, ao discorrer sobre o poder regulamentar: *o regulamento não pode criar obrigações para terceiros que não os subordinados hierárquicos do chefe do Poder Executivo que o editou. O regulamento emanado do presidente da república obriga só os servidores da União. Não obriga os Estados, nem os Municípios, nem os administrados da própria União, que só são obrigados pela Lei* (*República e Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138). Em sentido oposto, cf. Andreas Krell (*op. cit.*, p. 133).

Internacional, e tal necessidade for fundamentada pelo órgão ou ente público contratante. Com isso, enquanto a APO não estipular quais serão os projetos olímpicos, ficará ao alvedrio de cada órgão ou ente público afastar a aplicação da Lei Geral para as contratações que considere necessárias ao cumprimento dos encargos assumidos perante aquelas entidades de organização do desporto. Em tais circunstâncias, os riscos apontados pelo Ministério Público na multicitada nota técnica, são multiplicados, em face da pulverização de centros administrativos decisórios, no tocante a elegibilidade das regras do RDC.

XII. CONCLUSÃO

Diante da proximidade da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, e considerando a necessidade de construção da infraestrutura essencial a tais eventos, o Poder Executivo federal mobilizou sua base parlamentar com o objetivo de aprovar um novo regime de licitações e contratos.

Conquanto houvesse, no Congresso Nacional, em estágio adiantado de tramitação, projeto de lei de iniciativa do próprio Poder Executivo, promovendo ampla reforma na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 1993), optou-se pela via mais cômoda e célere da introdução, no texto de PLV, de normas específicas para disciplinar os certames e a contratação de obras, serviços e compras relacionados àqueles jogos. Com isso, introduziu-se no ordenamento jurídico pátrio, mediante a Lei nº 12.462, de 2011, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. A alternativa adotada é, porém, problemática em diversos aspectos. Com efeito, de tudo quanto foi exposto, pode-se concluir que:

I. A Lei nº 12.462, de 2011, contraria o disposto no art. 7º, I e II, da Lei Complementar nº 95, de 1998, por dispor sobre diversas matérias que não possuem relação entre si;

II. A despeito de veicular algumas importantes e positivas inovações na disciplina das licitações e contratos, a Lei do RDC contraria, em diversos dispositivos, normas gerais fixadas pela Lei Geral de Licitações e, por assim o fazer, padece de inconstitucionalidade formal, a qual não existiria caso as inovações fossem incorporadas à própria Lei Geral, em lugar de se fazer uma lei *ad hoc*, de âmbitos temporal, espacial, objetivo e subjetivo limitados;

III. No dispositivo que trata especificamente do orçamento sigiloso, a Lei do RDC incorre no mesmo vício indicado no item II, cabendo aduzir que a não-revelação do orçamento prévio constitui prática adotada em alguns países, embora possam ser levantadas dúvidas sobre sua eficácia no Brasil, considerada a realidade fática e normativa do País;

IV. No caso da contratação integrada, é particularmente preocupante, em face dos princípios reitores das licitações, em especial os da isonomia, do julgamento objetivo e da economicidade, que os certames sejam promovidos a partir de um *anteprojeto de engenharia*, cujos contornos serão fixados em regulamento, e que, obviamente, não se revestirão do mesmo grau de detalhamento e precisão exigidos no caso dos projetos básicos.

Dessarte, se era objetivo do Governo, com a aprovação do RDC, acelerar os procedimentos de contratação de obras e serviços para a Copa do Mundo e as Olimpíadas, a forma precipitada como se deu a instituição do novo regime, afastando-se o processo legislativo ordinário e descurando-se das normas constitucionais de distribuição de competências, pode, ao contrário do inicialmente previsto, operar em desfavor da celeridade pretendida, dando ensejo a disputas judiciais quanto à própria validade da nova Lei.

BIBLIOGRAFIA

ALTONIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Comentando as Licitações Públicas*, Série Grandes Nomes, vol. III, Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição,* São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação.* Curitiba: Znt, 1997.

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

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação***.** São Paulo: Saraiva, 2003.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências Administrativas dos Estados e Municípios – Licitações. **In**: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994, pp. 24-39.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: Atlas, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO MILITAR DE ENGENHARIA. *Os serviços de engenharia no Brasil:*

Diagnóstico 2004. Disponível em http://www.anebrasil.org.br/periodico/period_1.doc. Acessado em 5 de agosto de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2004.

KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo,* São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. **In:** *Interesse Público.* Belo Horizonte, ano. 13, n. 66, mar/abril 2001, pp. 15-20,

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **In**: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, out./dez. 1988, pp. 127-162.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos.* São Paulo: Saraiva, 2008.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* Disponível em www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf. Acessado em 5 de agosto de 2011.

SOUZA. Rubens Gomes. Normas gerais do Direito Financeiro. **In**: *Revista de Direito Administrativo,* vol. 37, jul./set. 1954, pp. 12-34.