

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA ARAUJO COSTA

**OS RISCOS LEGAIS PROVENIENTES DA INSTITUIÇÃO DO
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PARA AS
OBRAS OLÍMPICAS DE 2016**

**São Luís - MA
2016**

NATÁLIA ARAUJO COSTA

**OS RISCOS LEGAIS PROVENIENTES DA INSTITUIÇÃO DO
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PARA AS
OBRAS OLÍMPICAS DE 2016**

Monografia apresentada no Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Lucyléa
Gonçalves França

**São Luís - MA
2016**

Costa, Natália Araujo.

Os Riscos Legais Provenientes da Instituição do Regime Diferenciado de Contratações para as Obras Olímpicas de 2016 / Natália Araujo Costa. - 2016.

84 f.

Orientador(a): Lucyléa Gonçalves França.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, 2016.

1. Direito Administrativo. 2. Inconstitucionalidade.
3. Licitações Públicas. 4. Regime Diferenciado de
Contratações. 5. Riscos Legais. I. França, Lucyléa
Gonçalves. II. Título.

NATÁLIA ARAUJO COSTA

**OS RISCOS LEGAIS PROVENIENTES DA INSTITUIÇÃO DO
REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PARA AS
OBRAS OLÍMPICAS DE 2016**

Monografia apresentada no Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientadora: Prof^a Dr^a Lucyléa Gonçalves
França

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a LUCYLÉA GONÇALVES FRANÇA (Orientadora)
Doutora em Direito
Universidade Federal do Maranhão

EXAMINADOR
Universidade Federal do Maranhão

EXAMINADOR
Universidade Federal do Maranhão

À minha avó Irene (*In Memoriam*), à minha mãe Maria Tereza e à minha irmã
Juliana, por tanta dedicação e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus por renovar a cada dia as minhas forças e me possibilitar a conclusão do curso de Direito na Universidade Federal do Maranhão, sei que em primeiro lugar Ele sonhou os meus sonhos. Agradeço, por conseguinte, à minha família e ao meu namorado pela paciência e suporte diários, por incentivar cada conquista, desde as aprovações em provas de estágios, passagem de semestre até a conclusiva elaboração deste trabalho. Aos meus amigos que compreenderam cada segundo de ausência para me dedicar aos estudos, sempre passando a certeza de que estariam ali para aquilo que fosse necessário, no que incluo os amigos que conquistei na UFMA, sempre caminhando juntos ao longo destes 5 anos. Agradeço, ainda, aos meus professores, mestres que me ajudaram a trilhar o caminho correto no mundo jurídico, ensinando os valores mais sensíveis a um jurista. Por fim, mas não menos importante, agradeço aos funcionários da UFMA que sempre estiveram prontos para tornar mais leve a trajetória, oferecendo seu labor e um sorriso a cada manhã.

“Assim, mantenham-se firmes, cingindo-se com o cinto da verdade, vestindo a
couraça da justiça”
(Efésios 6:14).

RESUMO

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) constitui modalidade de licitação instituída pela Lei n. 12.462/2011, que decorreu da conversão em Lei da Medida Provisória n. 527/2001. Proposto como meio de simplificar e flexibilizar o procedimento licitatório já previsto na Lei Geral de Licitações n. 8.666/93, bem como agilizar as contratações das obras necessárias à realização dos eventos esportivos de 2014 e 2016, o RDC trouxe consigo riscos legais que incluem vícios de ordens formal e material. Desse novo modelo licitatório são analisados conceitos, princípios, objetivos, inovações e diretrizes gerais, vez que houve a inclusão de novos elementos no processo licitatório da Administração Pública brasileira, utilizando-se, para tanto, o método qualitativo de pesquisa. Disso decorre a necessidade de ampliação do debate jurídico acerca da constitucionalidade do RDC e seus reflexos no ordenamento jurídico. As discussões acerca da validade do novo regime resultaram no ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4655 e 4555, ainda pendentes de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Analisa-se, por fim, o resultado de auditorias do Tribunal de Contas da União, que fiscalizaram o andamento das obras para as Olimpíadas de 2016, demonstrando o não alcance prático do escopo da Lei n. 12.462/2011, como forma de corroborar a tese proposta de que há inconstitucionalidade formal e material no RDC, significando sérios riscos ao ordenamento jurídico em vigor.

Palavras-Chave: *Regime Diferenciado de Contratações. Licitações Públicas. Riscos Legais. Inconstitucionalidade. Direito Administrativo.*

ABSTRACT

The Differenced Regime of Public Contracting (DRPC) constitutes a modality of bidding process established by the Federal Law n. 12,462/2011, which was a result of the conversion into a law of the Provisional Measure n. 527/2011. Proposed as a way of simplifying and making flexible the acquisition process established in the Bidding General Law n. 8,666/93, as well as making agile the contracting of works that are necessary to the upholding of sports events in 2014 and 2016, the DRPC brought along with itself legal risks among which can be highlighted formal and material errors. In this new acquisition process can be analyzed concepts, principles, aims, innovations and general standards, once there was the inclusion of new elements in the Brazilian Public Administration's acquisition process, being utilized, for so, the qualitative method of research. As a result of this, there is the necessity of amplification of the juridical debate over the constitutionality of the DRPC and its reflexes on the juridical order. The discussions over the validity of the new regime have resulted in the filing of Direct Action of Unconstitutionality n. 4655 and 4555, still awaiting analysis by the Federal Supreme Court. It is analyzed, in the end, the result of auditings in the Federal Court of Accounts, that have supervised the progress of the 2016 Olympics works, demonstrating the absence of practical fulfillment of Law n. 12,462/2011's scope, as a way of corroborating the proposed thesis that there is formal and material unconstitutionality in the DRPC, meaning serious risks in the current juridical order.

Keywords: *Diferenced Regime of Public Contracting. Public bidding process. Legal risks. Unconstitutionality. Administrative Law.*

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
APO – Autoridade Pública Olímpica
Art. – artigo
Atual. – atualizada
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CGU – Controladoria Geral da União
COI – Comitê Olímpico Internacional
DEM - Democratas
Ed. – edição
Ibid. – Ibidem
LC – Lei Complementar
LGL – Lei Geral de Licitações
MPF – Ministério Público Federal
MPV – Medida Provisória
n. – número
ns. – números
Op. Cit. – obra citada
p. – página
PAC – Programa de Aceleração do Crescimento
PPS – Partido Popular Socialista
PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira
PLV – Projeto de Lei de Conversão
RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas
rev. – revisada
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – LEI N. 12.462/11	15
2.1 MOTIVOS PARA A INSTITUIÇÃO DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E PRODUÇÃO LEGISLATIVA	15
2.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS, DIRETRIZES E OBJETIVOS DO RDC ...	18
2.3 PRINCIPAIS INOVAÇÕES	20
2.3.1 Orçamento Sigiloso	20
2.3.2 A Indicação de Marca ou Modelo	23
2.3.3 Amostras e Certificados de Qualidade	25
2.3.4 Regime de Contratação Integrada	27
2.3.5 A Remuneração Variável	29
2.3.6 O Contrato de Eficiência	33
2.3.7 A Inversão de Fases	34
2.3.8 Fase Recursal Única	36
3. OS RISCOS LEGAIS DECORRENTES DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	38
3.1 QUESTIONAMENTOS DE ORDEM CONSTITUCIONAL	38
3.2 OS RISCOS LEGAIS	41
3.2.1 Vícios Formais	41
3.2.2 Vícios Materiais	46
4. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS PARA OS JOGOS DE 2016	58
4.1 O CONTROLE EXTERNO COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL	58
4.2 NATUREZA DAS AUDITORIAS DE FISCALIZAÇÃO	61
4.3 AÇÕES DE CONTROLE: Análise Prática acerca da Utilização do RDC como Regime Licitatório	64
4.3.1 Avaliação da estrutura de governança dos Jogos e fiscalização das Obras Olímpicas pelo TCU	65
5. CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso insere-se na área do Direito Público, especificamente no âmbito do Direito Administrativo, dentro do tema “Licitações Públicas”, eis que trata sobre um novo modelo licitatório que surgiu com vistas a regular as contratações públicas para a Copa das Confederações, Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016: o chamado Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Criado por meio do Projeto de Lei de Conversão (PLV) n. 17/2011, decorrente da Medida Provisória (MPV) n. 527/2001, o Regime Diferenciado de Contratações Pública (Lei n. 12.462/2011) foi proposto pelo Governo Federal com o escopo de simplificar o procedimento licitatório previsto na Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93) e agilizar a realização das obras necessárias para a realização dos eventos esportivos de 2014 e 2016.

Ocorre que, logo após a edição da Lei do RDC foram suscitadas alegações de inconstitucionalidade do seu texto legal, tanto sob o ponto de vista formal quanto material. Desse modo, o Procurador Geral da República e os representantes de alguns partidos políticos – como o PSDB, DEM e PPS –, ajuizaram duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de ns. 4655 e 4645, respectivamente, pendentes ainda de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, embora tenha sido adotado o rito sumário de julgamento.

A importância do tema reside no impacto legal que o novo regime licitatório trouxe para as contratações públicas brasileiras, tendo em vista que as inovações previstas para o procedimento licitatório interferem de forma significativa na relação entre o particular e a Administração, requerendo uma abordagem mais aprofundada acerca dos riscos que o regime pode trazer, não tendo, todavia, por objetivo, o presente estudo, a análise dos riscos fiscais, mas o foco nos riscos legais.

A missão do Brasil de sediar os Jogos Olímpicos de 2016 fez com que a comunidade internacional voltasse a sua atenção para o país, esperando por obras adequadas para o sucesso do evento e segurança dos espectadores. A sociedade brasileira, por sua vez, questiona os gastos que serão efetuados com a realização do evento e o andamento das obras, contratadas pelo regime

do RDC, principalmente por não haver, ainda, posicionamento jurisprudencial acerca do tema.

Dessarte, cristalina a necessidade de aprofundamento acerca do tema, com enfoque para a questão dos riscos legais que abrangem tanto os vícios formais como os materiais, vez que, no aspecto geral, não fora observado o procedimento legislativo previsto na Constituição Federal e que, como muitos juristas afirmam, ocorreram violações aos princípios da Administração Pública e das Licitações, o que poderá gerar danos significativos à livre concorrência e à isonomia entre os licitantes.

O método científico utilizado foi o dedutivo, através do qual parte-se de grandes premissas para então se tecer uma análise acerca do tema. *In Casu*, partiu-se da análise do sistema licitatório brasileiro para se então questionar a inserção da Lei n. 12.462/2011 no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que toca aos riscos legais que advieram de sua edição. Ademais, o método de pesquisa, implicou na realização de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, de auditorias do Tribunal de Contas da União (TCU), artigos de periódicos jurídicos e análise e interpretação das leis que integram o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, o objetivo geral desta monografia é analisar o regime licitatório brasileiro e os impactos decorrentes da inclusão de um novo diploma normativo sobre tal matéria. Como objetivos específicos, têm-se a reflexão acerca dos riscos legais do RDC, dos impactos de suas inovações no ordenamento jurídico, bem como a visualização prática da sua utilização para as contratações das obras olímpicas de 2016, extraindo-se, para tal fim, as conclusões do TCU sobre as fiscalizações efetuadas nas Ações de Governança e na Matriz de Responsabilidades da chamada “Autoridade Pública Olímpica” (APO).

Para que se possa, então, perquirir acerca da constitucionalidade do RDC e de seus vícios materiais e formais, importante se faz tecer um panorama acerca da edição da Lei n. 12.462/2011, dos motivos para a sua instituição, de seus princípios e diretrizes informadoras, bem como de suas inovações, em comparativo com a Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Por conseguinte, são analisados os questionamentos de ordem constitucional acerca do novo regime e os riscos legais em específico, que

envolvem os vícios formais e materiais, aspectos sobre os quais têm se debruçado os doutrinadores, embora ainda de forma tímida.

Por fim realiza-se a observação e verificação prática da atuação do TCU na fiscalização das obras para os Jogos Olímpicos, de modo a se poder fazer uma associação entre as constatações que evidenciam os riscos legais da Lei n. 12.462/11 e as conclusões das auditorias da Corte de Contas, corroborando a tese da inconstitucionalidade e da necessidade de se rever a Lei n. 12.462/11 desde o seu nascedouro até a redação dos novos institutos licitatórios que trouxe em seu bojo.

2. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – LEI N. 12.462/11

2.1 MOTIVOS PARA A INSTITUIÇÃO DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E PRODUÇÃO LEGISLATIVA

Diante dos desafios em sediar os eventos da Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016 o legislador brasileiro buscou a edição de um novo regime regulatório das contratações pelo poder público, através da mudança do tradicional modelo licitatório. A elaboração do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) deu-se, inicialmente, através da edição de Medidas Provisórias.

Em princípio, a Medida Provisória (MPV) n. 488 autorizava a criação da Empresa Brasileira de Legado Esportivo S.A., como empresa pública de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério do Esporte (ME). Possuía como finalidade a prestação de serviços à Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como à Autoridade Pública Olímpica (APO), com o objetivo de elaborar e revisar os estudos, projetos e a execução de obras e serviços previstos na Carteira de Projetos Olímpicos¹ da APO.

Por conseguinte, a MPV de n. 489, autorizava a União a integrar, sob a roupagem de consórcio público de regime especial, a APO, em conjunto com o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro. A APO teria por objetivo coordenar a participação da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, com enfoque no cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional (COI). A referida MPV dispunha, ainda, acerca das regras e procedimentos das licitações e contratos aplicáveis às obras e serviços relativos aos Jogos de 2016 ou relacionados à

¹ Documento que contém os dados referentes à zona, especificação do projeto/ação e sua descrição pormenorizada, o nível de maturidade, prazos de início e conclusão, valor avaliado e a situação atualizada da obra.

infraestrutura aeroportuária necessária à realização da Copa do Mundo de 2014.

Com o intuito de facilitar os preparativos para os eventos esportivos, o Executivo editou, também, a MPV n. 496, posteriormente convertida na Lei n. 12.348/11, que dispõe sobre o limite de endividamento de Municípios em operações de crédito destinadas ao financiamento da infraestrutura para a realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. De outro lado, a MPV n. 497/2010, fora convertida *a posteriori* na Lei n. 12.350/10, que dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização no Brasil da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014.

As Medidas Provisórias de ns. 488 e 489 supracitadas perderam sua eficácia, por não terem sido apreciadas no prazo exigido no art. 62 da Constituição Federal. Fora, então, editada a MPV n. 527 para alterar as Leis n. 10.683/10 – que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a Lei n. 11.182/05 – disciplinadora da Agência Nacional de Aviação Civil, e a Lei n. 5.862/71 – que disciplina a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

Ocorre que, a MPV n. 527/11 não dispunha sobre licitações, contudo, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, foi apresentado o Projeto de Lei de Conversão n. 17/2011, pelo Deputado José Guimarães, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e mantendo o texto original também. Tendo sido aprovado o Projeto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, com a sanção do Presidente da República, fora promulgada a Lei n. 12.462/11.

Por derradeiro, a Presidente da República, no uso de suas atribuições, decretou que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), Lei n. 12.462/11, fica regulamentado pelo Decreto n. 7.581/2011, responsável pelo detalhamento dos aspectos práticos que auxiliam na aplicação do modelo licitatório emergente por parte da Administração Pública.

Acrescenta-se, ainda, como impulso motivador para a edição do RDC, o fato de que o Projeto de Lei n. 1.292 de 1995, que objetiva alterar o Estatuto das Licitações ainda se encontra hoje em tramitação na Câmara dos Deputados e já conta com cento e cinquenta e sete projetos apensados com o

mesmo objetivo, fortalecendo a motivação para o Poder Executivo e o Congresso Nacional instituírem o regime do RDC.

Inclusive aplicam-se, no que couber, as normas sobre dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei Geral de Licitações (LGL), às contratações realizadas com base no RDC, devendo ser observado, para tanto, o processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação que se encontram previstas no art. 26 da Lei n. 8.666/93, segundo redação do art. 35 da Lei n. 12.462/11.

Nesse sentido, de acordo com informações disponíveis no *site* da Casa Civil da Presidência da República², o novo regime teve seu nascedouro baseado em experiência internacional, mais precisamente nas regras de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos e nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), bem como do êxito na aplicação da Lei do Pregão no Brasil (Lei n. 10.520/02).

Observa-se, contudo, que o objetivo inicial da criação do RDC foi modificado, tendo em vista a extensão da Lei para além dos eventos esportivos, sendo utilizada para obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km das cidades sede da competição, como também das várias inclusões realizadas pelas MPVs que ampliaram o objeto de alcance do RDC.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem entendendo que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 ou às Olimpíadas de 2016 só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviolabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas *a posteriori*, em atendimento ao disposto no artigo 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei n. 12.462/11, c/c art. 23, § 1º da Lei n. 8.666/93³.

Diante do cenário apresentado para a instituição do RDC, marcado pela urgência na realização das obras públicas necessárias à realização da Copa

² Disponível em: <http://casa-civil.jusbrasil.com.br/noticias/2776614/tire-suas-duvidas-sobre-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>. Acesso em 08 de junho de 2016

³ Acórdãos ns. 1.324/12, de 30/05/2012 e 1.538 de 20/06/12, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

das Confederações, da Copa do Mundo de Futebol, das Olimpíadas e das Paraolimpíadas, desenvolveram-se inúmeras discussões acerca dos riscos legais provenientes do Regime, cuja constitucionalidade é discutida no Supremo Tribunal Federal e será objeto de análise no segundo capítulo do presente estudo.

2.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS, DIRETRIZES E OBJETIVOS DO RDC

Disciplinado no capítulo I, arts. 1º a 47 da Lei n. 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas possui caracteres de norma geral de licitação, em razão da competência da União para legislar sobre normas gerais de Licitações e Contratos (art. 22, XXVII da CF/88), possuindo, portanto, força normativa a todos os entes da Federação.

O art. 3º da Lei em comento elenca os princípios que norteiam as licitações e contratos realizados em conformidade com o RDC, a saber: Legalidade; Impessoalidade; Moralidade; Igualdade; Publicidade; Eficiência; Probidade Administrativa; Economicidade; Desenvolvimento Nacional Sustentável; Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo das Propostas. Observa-se que, em comparação à Lei n. 8.666/93, trouxe a Lei n. 12.462/11, em acréscimo, os princípios da Eficiência e da Economicidade.

A eficiência figura como principal preocupação das inovações trazidas pelo RDC, a exemplo da contratação integrada, da remuneração vinculada ao desempenho, da previsão de que apenas vícios insanáveis acarretem a desclassificação de licitantes ou a invalidade de atos administrativos, da fase recursal única, bem como da previsão dos procedimentos auxiliares e da inversão da fase de habilitação.

A economicidade, por sua vez, é decorrência direta do princípio da moralidade, tendo em vista a escassez dos recursos da Administração, e, portanto, a necessidade de produção do melhor resultado econômico, tanto no aspecto quantitativo, como no qualitativo. Constitui, pois, aplicação da relação custo-benefício e já encontra inserção nos aspectos submetidos à fiscalização

contábil, financeira e orçamentária pelo Congresso Nacional, de acordo com o art. 70 da CF/88.

Três fatores delimitam a economicidade. O primeiro consiste na previsibilidade, avaliada na data da prática do ato, sem responsabilização, portanto, do agente se a situação econômica for alterada; o segundo quando se opuser outros princípios de hierarquia superior; e o terceiro a obediência às formalidades anteriormente previstas para a prática do ato. Na Lei n. 12.642/11 observa-se a economicidade em vários dispositivos, mencionando-se a busca pela proposta mais vantajosa, como também na diminuição dos custos da licitação.

Tocante às diretrizes, têm-se a previsão da *i)* padronização do objeto da contratação; *ii)* padronização dos instrumentos convocatórios e minutas de contratos; *iii)* busca da proposta mais vantajosa à Administração, na relação custo x benefício, inclusive nos quesitos social e ambiental; *iv)* condições de aquisição de seguros e de pagamentos compatíveis com as estabelecidas para o setor privado, inclusive através do pagamento de remuneração variável; *v)* utilização, sempre que viável, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas locais; e *vi)* o parcelamento do objeto, sempre que possível, visando à ampla participação dos licitantes, sem perda de economia de escala.

Nesse ponto Rafael Carvalho Resende Oliveira (em *Licitações e Contratos Administrativos*, 2015, p. 186) observa que:

Como se pode perceber, trata-se de previsões que guardam compatibilidade com a tendência legislativa de implementar uma relação de sinergia na troca de experiências entre o poder público e a iniciativa privada na promoção de inovações tecnológicas, já veiculada tanto pelo regime instaurado pela Lei 12.349/2010, que estipulou o dever de a licitação fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, como na Lei 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Nota-se que as diretrizes foram estipuladas tomando-se por referência os princípios da Segurança Jurídica, da Eficiência e da Economicidade. Em outro plano, evidencia-se no RDC a tendência a uma função regulatória da licitação, é dizer, a busca não apenas da economicidade nas contratações, mas também de outros valores constitucionalmente previstos.

Desse modo, a contratação por meio do RDC deve promover valores pautados na preservação do meio ambiente, as chamadas “licitações verdes”,

com a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas o respeito à ordem urbanística, elaborando-se avaliações de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística (art. 4º § 1º, IV, da Lei n. 12.462/11); a proteção ao patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive com avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, com estipulação de medidas compensatórias aos impactos negativos sobre o referido patrimônio (art. 4º, § 1º, V e § 2º da Lei n. 12.462/11); e a promoção da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 4º, § 1º, VI, da Lei n. 12.462/11).

Em reflexo aos princípios e diretrizes, extrai-se os objetivos do RDC, encartados no §1º do art. 1º do referido diploma legal. Como rol exemplificativo têm-se os objetivos de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; a promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; o incentivo à inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

2.3 PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Sob o argumento de dar maior agilidade ao procedimento licitatório, foram estabelecidos diversos mecanismos de otimização, que serão discorridos nas linhas subsequentes. Destaca-se que, não obstante a feição inovadora, muitas dessas práticas já eram utilizadas de forma pontual nas licitações anteriores ao novo regime.

2.3.1 Orçamento Sigiloso

O legislador constituinte estabeleceu que os princípios da publicidade e da transparência figurariam como a regra do sistema, e o sigilo como a

exceção. Ocorre que, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe o sigilo do orçamento como regra, o que gerou grandes controvérsias entre os doutrinadores, sendo também ponto alvo da interposição da ADI n. 4.645, questionadora da violação do princípio da publicidade. Tais questionamentos, todavia, serão abordados no capítulo seguinte, restringindo-se, neste momento, à análise dos institutos.

Com previsão no art. 6º, *caput* e § 3º da Lei n. 12.462/11, o sigilo do orçamento estimado encontra-se revestido da seguinte redação:

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. (grifei)

Assim, extrai-se do texto legal que o sigilo do orçamento se estende até a conclusão do procedimento licitatório, apenas possuindo acesso os órgãos de controle externo e interno, inviabilizando, dessarte, o controle pelos cidadãos dos atos da Administração Pública, restrito ao final da licitação.

O Decreto n. 7.581/11, regulamentando a lei do RDC, estabelece em seu art. 9º que o orçamento já estimado será tornado público somente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

Observa-se também restrições à publicidade no art. 15 da Lei em comento, que guarda a seguinte redação:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

- a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

(...)

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é **dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.** (grifei)

Nota-se na sistemática brasileira que o sigilo do orçamento previamente estimado já encontra aplicação, a exemplo das hipóteses abrangidas pelo Decreto n. 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Neste Decreto não há previsão de divulgação do orçamento estimado de forma prévia, resultando no fato de que a Petrobrás realiza regularmente licitações pautadas na não divulgação orçamentária.

Acerca das restrições à publicidade do orçamento estimado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 447) afirma que:

Tem-se que entender que o sigilo referido no §2º somente perdura durante o procedimento da licitação, devendo posteriormente tornar-se acessível aos interessados, sob pena de infringência ao princípio da publicidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição. Isto porque os elementos contidos no orçamento servem de baliza ao julgamento das propostas, sendo importantes para motivação feita pela Comissão de Licitação. Não há como negar o conhecimento de seus dados aos licitantes.

O Tribunal de Contas da União adotou posicionamentos diversos ao longo dos anos acerca do sigilo do orçamento, no que concerne ao Decreto n. 2.745/98, reconhecendo a possibilidade de que não seja dada ampla publicidade ao orçamento estimado, apenas nas hipóteses em que possa prejudicar a atividade-fim da Petrobrás e causar empecilhos à sua atividade comercial. Entendeu, pois, nesse ponto, o Tribunal, que desde que o orçamento seja disponibilizado aos órgãos de controle, o orçamento prévio pode manter-se sigiloso.

Deve-se ressaltar, neste ponto, que a observação do TCU restringiu-se à atividade comercial, típica da Petrobrás, o que não poderia se estender às licitações em geral, mormente nas licitações regidas pelo RDC.

2.3.2 A Indicação de Marca ou Modelo

A Lei Geral de Licitações veda a indicação de marcas, características ou especificações exclusivas, salvo raras exceções. A Lei do RDC, por seu turno, permite, nos casos de licitação para aquisição de bens, a indicação de marca ou modelo, desde que formalmente justificado, vejamos:

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

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

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

Desse modo, com a padronização do objeto, definida na alínea “a” do inciso I do supracitado artigo, quando determinada marca ou modelo comercializada/o por mais de um fornecedor for a única capaz de suprir às necessidades do ente da Administração contratante (alínea “b”), ou quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo de referência, hipótese na qual será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade” (alínea “c”), a Administração estará autorizada a indicar a marca ou o modelo adequado.

Não se pode, todavia, confundir os conceitos de padronização com preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma marca determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados, sem que isso implique em atuação reprovável do Administrador Público. O que a legislação veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca.

Segundo Marçal Justen Filho (2011, p. 186/187), não há infringência quando se elege um produto ou um serviço em virtude de qualidades

específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca figura, tão-somente, como o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu.

De outro lado, o TCU já decidiu reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o órgão confere caráter de excepcionalidade à citada conduta.

Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, dos elementos técnicos e/ou econômicos que justifiquem a indicação da marca.

Nesse Nessa linha de intelecção, confira-se o seguinte aresto:

Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela **possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor**, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12/03/2010). (grifei)

Demais disso, a indicação de marca somente é lícita quando a aquisição do bem da marca significar, pelas mencionadas razões técnicas ou econômicas, uma vantagem para a Administração, conforme também já decidiu o TCU:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, **desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração**. (TCU, Acórdão n. 2.376/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 13/12/2006). (grifei)

Neste ponto, portanto, a Corte de Contas já pacificou o entendimento no sentido de ser possível a indicação de marcas em licitações, desde que pautadas em razões de ordem técnica ou econômica e devidamente justificadas pelo gestor público, sem que haja ofensa ao princípio da isonomia, nem restrição ao caráter competitivo do procedimento licitatório.

No que se refere à conceituação, sob um viés científico, a padronização, de acordo com Marçal Justen Filho (2011, p. 184):

A padronização é regra. No caso, a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc.

Portanto, extraindo-se uma interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 8.666/1993, pode-se concluir, com amparo na jurisprudência do TCU e na doutrina, que a opção por uma marca nem sempre vulnera o instituto da licitação, o que deve, todavia, ser feito de modo cuidadoso pelo gestor público, e não como regra do diploma licitatório.

É dizer, desde que para fins de padronização, é lícito indicar marca no instrumento convocatório, quando isso se prestar à identificação do objeto do certame e representar vantagem para a Administração. Para tal desiderato, como mencionado, exige-se do gestor público prévia e devida justificativa, que aponte razões de ordem técnica ou econômica, as quais devem ser aptas a fundamentar a escolha pela marca. Além disso, o edital deve consignar, além da marca, a aceitação de outros objetos similares, equivalentes ou de igual ou melhor qualidade, conforme dicção legal anteriormente colacionada.

2.3.3 Amostras e Certificados de Qualidade

Ainda na aquisição de bens pela Administração, é possível, pela Lei do RDC, além da indicação de marca, a exigência de amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que a necessidade de sua apresentação seja justificada, conforme previsão expressa no art. 7º, I da referida Lei.

Sobre a exigência de amostras, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (Licitações e Contratos Administrativos, 2015, p. 191) entende que:

Andou bem, neste particular, a referida norma ao não prever a exigência de amostras como requisito de habilitação, pois tal previsão, segundo o entendimento do TCU, impõe ônus excessivo

aos licitantes, encarece o custo de participação em licitações e desestimula a presença de potenciais interessados.

Em outro passo, a solicitação, pelo Poder Público, de apresentação da certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, pelo contratado, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada encontra redação no art. 7, III da Lei n. 12.462/11.

Assim, concorre para a simplificação e padronização do modelo licitatório da Lei n. 12.462/11, a exigência dos licitantes da elaboração de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, representando uma avaliação que confere à Administração Pública a possibilidade de investigar a idoneidade do licitante ou a qualidade da prestação oferecida, com base em uma avaliação prévia, incluída fora do procedimento licitatório, por uma instituição competente ou entidade credenciada. Constitui, portanto, uma avaliação que será utilizada pelo gestor público como razão de decidir ao analisar a habilitação ou julgamento das propostas apresentadas, mas não como requisito de habilitação.

A certificação de qualidade pode, ainda, ser substituída pela apresentação de outros documentos. Nesse sentido, o Ministério do Planejamento editou a Instrução Normativa n. 01/2010 (art. 5º, §1º), para disciplinar as licitações públicas federais, dispondo que a certificação poderá ser feita mediante a apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre as exigências do edital.

Será necessário, nesse contexto, que o edital delimite o propósito da exigência da certificação. Tal exigência se baseia no fato de que a apresentação dos documentos de habilitação e daqueles relacionados à proposta é feita de forma dissociada, e que há momentos distintos para análise de cada conjunto de documentos, é, pois, imprescindível que seja possível extrair do edital a forma de apresentação da certificação, de modo a não surpreender os licitantes com uma exigência prevista no curso do certame.

Por derradeiro, o TCU, julgando em Plenário os Acórdãos de ns. 512/09, 1.832/11 e 1.085/11, fixou o entendimento de que a exigência de certificações técnicas, do mesmo modo que a exigência de amostras, não pode ser

empregada como critério de habilitação em licitação, mas apenas como critério classificatório, dada a excessiva onerosidade que poderia gerar, no mesmo sentido em que apontou Rafael Oliveira nas linhas acima.

2.3.4 Regime de Contratação Integrada

Apesar de não se caracterizar como inovação própria do RDC, o regime de contratação integrada adquire feições diferenciadas das já previstas no Decreto n. 2.745/98 – que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás.

Na hipótese prevista no Decreto, o instituto pode ser aplicado sempre que economicamente recomendável, *“compreendendo a 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.”* (Anexo do Decreto n. 2.745/98, tópico 1.9).

A Lei que trata do RDC trouxe no inciso V do art. 8º a possibilidade de haver a contratação integrada, dispondo, ainda, no parágrafo primeiro do mesmo artigo que será preferencialmente adotada, ao lado da empreitada por preço global e da empreitada integral, a contratação integrada. Ainda, necessário se faz, quando da adoção da contratação integrada prevista no RDC, a sua devida motivação, conforme entendimento da Corte de Contas:

Ementa: RELATÓRIO DE AUDITORIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT. OBRAS DE DERROGAGEM DO RIO TOCANTINS, NO ESTADO DO PARÁ. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO. CONTRATAÇÃO INTEGRADA. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA FUNDAMENTADA PARA A ESCOLHA DESSA MODALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. RECOMENDAÇÕES E CIÊNCIA. Deixar de apresentar a correta justificativa para a utilização de contratação integrada é permitir a generalização dessa modalidade, que tem como característica a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras. Por esse motivo, o ato administrativo que a autorize deve ser acompanhado de motivação adequada e fundamentada. (TCU - 00657020143 - Data de publicação: 26/08/2015). (grifei)

Nesse diapasão, o art. 9º da Lei do RDC prevê que nas licitações de obras e serviços de engenharia poderá ser utilizada a contratação integrada, quando verificada a viabilidade técnica e econômica, que deverá ser justificada pela Administração.

Ainda, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo informa que a contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, realização de testes, pré-operação e as demais ações necessárias para a entrega final do objeto contratado, ao passo que o § 5º do art. 8º dispõe que em todos os regimes deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, com exceção do regime de contratação integrada.

Diante disso, depreende-se que o projeto básico na contratação integrada pode, por autorização legal, ser realizado pelo particular. Vai-se, assim, muito além da empreitada integral, que até então era a forma de execução que mais ampliava as atividades a serem desenvolvidas pelo licitante durante a execução do contrato.

Sendo através do projeto básico que a Administração Pública estabelece o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que pretende contratar, discute-se a constitucionalidade do art. 8º, inciso V e do art. 9º da Lei n. 12.462/11, sendo tal assertiva abordada no capítulo posterior deste estudo, quando serão analisados os riscos legais provenientes da instituição do RDC, especialmente no que se refere às obras olímpicas de 2016.

Nessa esteira, a autonomia do particular contratado está circundada pelos limites previamente estipulados no instrumento convocatório. Assim, o instituto da contratação integrada não poderá implicar a outorga de liberdades ao particular. Fica este obrigado a cumprir as especificações do anteprojeto e os padrões e resultados fixados no edital.

Cabe, ainda, a aplicação de penalidades e o uso das garantias contratuais quando da realização do controle da atuação do particular, podendo, outrossim, estabelecer a possibilidade de um controle indutivo por meio da previsão de remuneração variável.

Adotada a contratação integrada, fica vedada realização de termos aditivos nos contratos firmados, de acordo com a previsão do § 4º do art. 9º, salvo se:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;
II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

(...)

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

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

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

Entende-se que a *mens legis* da vedação à realização de termos aditivos se deu em virtude da maior liberdade conferida ao particular na execução do contrato, com a conseqüente ampliação da responsabilidade do contratado.

2.3.5 A Remuneração Variável

A Lei Geral de Licitações rege os contratos de modo que a remuneração do particular não se vincula aos resultados obtidos com a sua realização. O art. 55, inciso III desta Lei dispõe que todo contrato deve conter cláusula que estabeleça o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento dos preços, bem como os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Por outro lado, a Lei n. 12.462/11, em seu art. 10, *caput*, prevê expressamente a possibilidade da remuneração variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, vinculando ao desempenho do contratado, e tendo por base metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital e no contrato.

A remuneração variável pode, ainda, servir de instrumento de controle do particular dos contratos que adotarem o regime de contratação integrada, *verbis*:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida **remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada**, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação. (grifei)

Regulando o dispositivo supramencionado, o Decreto n. 7.581/11, em seu art. 70, regulamenta o instituto da contratação integrada, estabelecendo, inclusive, que o mesmo deverá respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação e as motivações para sua utilização, no que se inserem *i)* os parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, *ii)* o valor a ser pago e *iii)* o benefício a ser gerado para a Administração Pública.

Demais disso, o art. 8º, inciso XIV do mesmo Decreto, dispõe que o instrumento convocatório definirá critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável.

Ainda, ressalta-se que o ato de avaliação possui natureza vinculada, devendo ser expedido se cumprida a determinação contratual e independentemente do juízo subjetivo e pessoal do avaliador. Assim, caso demonstrada a utilidade da medida, o contratado receberá um acréscimo em seu pagamento.

No intuito de ampliar a eficiência, o legislador do RDC previu, portanto, dois mecanismos de remuneração do contratado, o primeiro consistente na remuneração variável vinculada ao desempenho (art. 10), tratado neste momento, e o segundo, traduzido pela celebração do contrato de eficiência, em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada à Administração Pública, prevista no art. 23 da Lei n. 12.462/11, que será tratado de forma específica no tópico que segue.

Assim, nota-se que a Lei n. 8.666/93, com 126 artigos, que estabelecem normas gerais para licitações e contratos, apesar das várias alterações nestes

vinte e três anos de sua vigência, não traz qualquer dispositivo que faça previsão expressa para a adoção de remuneração variável.

A considerar que a Lei do RDC positivou a possibilidade de o contratado se sujeitar a variações em sua remuneração, a remuneração variável vinculada ao desempenho não representa uma novidade absoluta, tendo em vista que outros diplomas legislativos já aplicaram a variabilidade remuneratória, tais como:

a) A Lei n. 8.987/95, que é aplicável a concessões comum, patrocinada e administrativa, exige em seu art.23 que os contratos tenham, em outras cláusulas essenciais, as relativas inciso II: *“ao modo, forma e condições de prestação do serviço”* e inciso III: *“aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço”*. Prevendo, também, no art.18, que trata do edital de licitação, a exigência de que este contenha *“metas e prazo da concessão”* (inciso I), bem como *“a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço”* (inciso II).

b) A Lei n. 9.074/95, no seu art. 25 (capítulo que trata especificamente das concessões dos serviços de energia elétrica), em que constam dois parágrafos quanto à existência de cláusulas contratuais obrigatórias e relativas: i) a *“requisitos mínimos de desempenho técnico”* e a *“sua aferição pela fiscalização através de índices apropriados”* (§1º); ii) à *“qualidade técnica” do serviço prestado, com vinculação a “penalidades progressivas” e “que guardarão proporcionalidade com o prejuízo efetivo ou potencial causado ao mercado”* (§2º).

Observa-se, portanto, que a vinculação da cobrança de tarifas pelo concessionário ao cumprimento de níveis mínimos de disponibilidade e de qualidade do serviço faz parte da essência das concessões comuns, já estando posta, pois, a possibilidade de vincular remuneração ao desempenho, instituto que adquire caráter de inovação na Lei do RDC, não se mostrando relevante, ademais, a omissão textual de remuneração variável no texto da Lei n. 8.987/95.

Assim, a remuneração variável, trazida pelo RDC, possui pontos próprios, tais como:

a) o foco, que é o estabelecimento de níveis de serviço, sendo, assim, a remuneração variável parte de um contrato com obrigações de resultados, não

sendo relevantes os meios utilizados, estes adequados para contratos com obrigações de meio, também chamados “obrigações de performance” ou “obrigações de investimentos”;

b) é solução adequada quando a natureza do objeto e as circunstâncias comportam níveis variados de satisfação das necessidades pela Administração. No entanto, na gradação, não pode haver nível de serviço que não satisfaça as necessidades. Deve, sim, haver remuneração adicional que contemple a excelência, sendo uma espécie de contrapartida por uma atuação superior ao mínimo exigível, estabelecendo-se, assim, um benefício para quando houver superação da qualidade mínima, aferida com base em parâmetros mínimos aceitáveis de desempenho. A remuneração adicional, na condição de prêmio por excelência, somente é cabível quando o benefício for útil, mas não em caráter essencial (a considerar que há um nível mínimo de qualidade exigido);

c) o benefício adicional deve ser, obrigatoriamente, correspondente à superação do mínimo, desde que a superação decorra do esforço do contratado;

d) deve haver proporcionalidade entre o acréscimo de remuneração e o benefício obtido pelo contratante, sendo necessário, pois, mensurar as vantagens em decorrência da superação dos padrões mínimos;

e) o não atingimento dos parâmetros mínimos de níveis de serviço acarreta descumprimento contratual, configurando inadimplemento, afastando-se, portanto, o recebimento de uma prestação com qualidade inferior ou que não cumpra ao exigido contratualmente;

f) deve-se fazer presente, na motivação para a adoção da remuneração variável, a demonstração da vantagem para a Administração Pública e para a sociedade, respaldados em elementos técnicos e econômicos, considerando-se aí dados objetivos; ademais,

g) todas as regras para o emprego devem estar disciplinadas exaustivamente no instrumento convocatório, não se admitindo proposta diferenciada pelos licitantes; e

h) quando for adotado o regime de contratação integrada, devido à ausência de projeto básico quando da licitação, o anteprojeto deve estabelecer regras precisas e determinadas no tocante à qualidade mínima aceitável.

2.3.6 ○ Contrato de Eficiência

Com previsão no art. 23 da Lei do RDC, o contrato de eficiência constitui outro ponto de inovação do Regime que merece destaque. Tal instituto terá por objeto a prestação de serviços, no que se inclui a realização de obras e o fornecimento de bens, e possui como objetivo a economia do contratante, vez que reduz as despesas correntes, sendo o particular remunerado com base em percentual da economia gerada.

Por conseguinte, não sendo gerada a economia prevista no contrato de eficiência, o § 3º do mesmo artigo prevê as seguintes possibilidades:

Art. 23.

(...)

§ 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Ao contrário do instituto da remuneração variável, em que o particular pode ter o seu pagamento acrescido de um valor extra se atingir as metas previamente estipuladas, o contrato de eficiência caracteriza-se por ser um contrato de risco, em que exsurge o dever do contratado em propiciar uma economia à Administração.

Por vincular-se ao percentual do benefício obtido, a remuneração do contratado poderá ter sua remuneração reduzida, ou ainda sofrer sanção por inexecução contratual.

Acrescenta Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (1015, p. 195) que “a *previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados*”.

Destarte, o “Contrato de Eficiência” aplica-se a serviços, mesmo que seja possível a inclusão de obras e o fornecimento de bens na contratação de tais serviços: o objetivo é que o instituto não seja empregado para contratações cujo objeto seja somente a realização de obras, devendo, destarte, estar associado à prestação de um serviço. Por outro ângulo, os contratos de “remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada” se aplicam a obras e serviços, inclusive de engenharia (*caput* do art.10).

Encontra-se, por trás da adoção de tais contratos pelo RDC, a chamada “Teoria dos Incentivos”, ao fomentar o interesse para que o contratado se esforce com o propósito de obter o resultado que atenda às necessidades do contratante, a considerar que o executante também será beneficiado com compensação financeira.

A presença de incentivos econômicos, bem empregados, favorece a busca de soluções cooperativas, em prol da boa consecução do objeto contratado. Em verdade, conceitos advindos da nova instituição formam a base para o processo de alteração das relações entre Administração Pública e iniciativa privada, em busca de eficiência e efetividade. Contudo, a remuneração variável pode gerar instabilidades no orçamento, que dependerá do término da execução do contrato, especialmente nos contratos celebrados para a execução dos Jogos Olímpicos de 2016.

2.3.7 A Inversão de Fases

Por ser um procedimento, a licitação é composta por uma sucessão de atos, estabelecidos por Lei. A Lei n. 12.462/11 preordena as fases de seu procedimento na seguinte ordem: *i)* preparatória; *ii)* publicação do instrumento convocatório; *iii)* apresentação de propostas ou lances; *iv)* julgamento; *v)* habilitação; *vi)* fase recursal; e *vii)* encerramento.

Como se observa, ocorre na Lei do RDC uma sequência de fases diversa da prevista na Lei n. 8.666/93, vez que nesta a habilitação constitui fase prévia ao julgamento das propostas. Condiciona-se, assim, a análise das propostas apresentadas ao preenchimento das exigências relacionadas à

habilitação. Constitui, pois, fase em que se apura a capacidade e idoneidade dos particulares interessados em contratar com a Administração Pública.

O art. 12 da Lei do RDC traz a seguinte redação:

Art. 12

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

Logo, a anterioridade da habilitação em face da apresentação das propostas ou lances e do julgamento consiste em decisão motivada e com necessária previsão no edital do certame. Note-se, ainda, que o art. 14, parágrafo único, do Decreto n. 7.581 também prevê a habilitação antecedente à fase de apresentação de propostas ou lances, corroborando, outrossim, a necessidade de previsão no instrumento convocatório para tal desiderato.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (p. 198) leciona, no tocante à inversão de fases como regra para o RDC, que:

Esses requisitos criam um ônus para o gestor público, caso opte pela adoção do procedimento convencional consagrado na Lei 8.666/1993. Entende-se como salutar a referida inovação legislativa, uma vez que, se, por um lado, essa faculdade permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional, de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, de outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros mundialmente consagrados de eficiência nas contratações administrativas.

Não constitui, todavia, a inversão de fases instituto próprio da Lei do RDC, vez que a Lei do Pregão já trouxera dispositivo com tal finalidade, assim como a Lei de Parcerias Público-Privadas também trata do assunto em seu art. 13, revestida de uma faculdade do gestor público.

De outro lado, impende afirmar que na Lei do RDC a inversão de fases consiste em regra e não em faculdade da Administração Pública. Tal imposição encontra abrigo na busca por maior celeridade, tendo em vista que a fase de habilitação caracteriza-se por ser uma das etapas mais complexas do procedimento de Licitação, reduz-se, pois, o número de habilitações que serão examinadas.

Ainda, com a inversão de fases, autoriza-se que a documentação relativa à regularidade fiscal seja exigida apenas do licitante mais bem

classificado. Tal previsão se ampara em uma tentativa de que o procedimento licitatório não seja usado como instrumento indireto para a cobrança de tributos. A regularidade fiscal objetiva a apuração da idoneidade e confiabilidade do licitante, havendo a possibilidade de a Administração se recusar a contratar com o particular que se encontre em dívida quanto a tributo relacionado à atividade do objeto licitado.

Desse modo, a comprovação da regularidade fiscal apenas após o julgamento das propostas permite a verificação da idoneidade do particular licitante.

Ademais, repise-se, há, no sistema previsto no RDC, o dever do administrador público de motivação, caso ele pretenda adotar o sistema convencional de exame dos documentos de habilitação antes da abertura das propostas, bem como a necessidade de previsão expressa desta opção no instrumento convocatório.

2.3.8 Fase Recursal Única

Encontrando redação no art. 27 da Lei n. 12.462/11 a fase recursal única se aplica somente nas hipóteses em que a habilitação ocorrer após o julgamento. Em tais hipóteses a fase recursal única ocorrerá após a habilitação do licitante que vencer o procedimento licitatório.

Desse modo, durante a fase recursal deverão ser analisadas questões atinentes às duas fases, conforme dicção do parágrafo único do mencionado artigo. Impende mencionar, ainda, a necessidade de apresentação de declaração de idoneidade, que, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 468), entende ser irrecorrível:

Com relação ao recurso contra aplicação de sanções, o inciso II, g, ao prever o prazo de cinco dias úteis da aplicação das penas, acrescenta a referência à declaração de idoneidade, que, na Lei n. 8.666/93, é impugnável por meio de pedido de reconsideração, conforme artigo 109, III. Vale dizer que a impugnação de todas as penalidades se faz mediante recurso no prazo de cinco dias úteis, sem previsão do pedido de reconsideração contra a declaração de idoneidade.

A Lei n. 8.666/93 versa em sentido contrário, ao permitir a interposição de recursos após cada decisão administrativa do procedimento licitatório. As múltiplas fases recursais no procedimento notoriamente diminui a celeridade, ao passo que está, todavia, de acordo com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Previsão semelhante é encontrada na Lei do Pregão.

Ainda, ao contrário da Lei Geral de Licitações, que impõe a suspensão do processo até o julgamento de todos os recursos (art. 109, § 2º), a Lei do RDC não dispõe expressamente acerca da adoção de efeito suspensivo. Todavia, o art. 28 da Lei n. 12.462/11 define que somente haverá o encerramento do procedimento licitatório após o exaurimento da fase recursal, que é única, conforme mencionado nos parágrafos anteriores, não havendo, assim, a homologação da licitação até o julgamento de todos os recursos pendentes.

De outro lado, impende mencionar que, na hipótese de inversão de fases, prevista no art. 12, parágrafo único, da Lei do RDC, ocorrerão duas fases recursais, excepcionando a regra da fase recursal única, igualando-se, neste ponto, à lei Geral de Licitações.

Analisadas os principais pontos de inovação da Lei n. 12.462/11, algumas das quais já previstas em outros diplomas legais, porém adquirindo feição diversa no novo regime licitatório, passar-se-á à abordagem dos riscos legais que derivam das peculiaridades do RDC, especialmente no que se refere à constitucionalidade de seus institutos.

3. OS RISCOS LEGAIS DECORRENTES DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1 QUESTIONAMENTOS DE ORDEM CONSTITUCIONAL

Diante da necessidade de agilização das contratações públicas no Brasil para a realização dos eventos esportivos de 2014 e 2016, fez a edição do Regime Diferenciado de Contratações emergir de forma célere, como um novo diploma legal de licitações e com sensíveis inovações no ordenamento jurídico pátrio, já analisadas no capítulo anterior.

Não obstante ter havido avanços para as contratações públicas, desburocratizando o tradicional modelo de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, é certo que o RDC padece de pontos vulneráveis que necessitam de uma ampla discussão doutrinária acerca de sua legalidade.

Renato Monteiro de Rezende⁴, em assessoria jurídica ao Senado Federal, tecendo comparativos em relação à Lei Geral de Licitações, assim se pronuncia:

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 n.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 n. 527, de 2011, a nova regulação das licitações e contratos para os mencionados eventos esportivos.

Todavia, o novo regime licitatório foi alvo de grandes questionamentos acerca da constitucionalidade de seus dispositivos e da forma como foi inserido no mundo jurídico, o que culminou com o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) de ns. 4645 – promovida pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS – e 4655, proposta pelo Procurador Geral da República.

⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Agosto 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatório_-_Assessoria_Legislativa_do_Senado_-_Renato_Rezense.pdf>. Acesso em 18 de jun. 2016.

Ambas ações questionam a inconstitucionalidade da Lei n. 12.462/11 sob as modalidades formal e material, o que será adiante discorrido.

Preliminarmente, impende tecer uma abordagem acerca do instrumento jurídico da ADI, precipuamente acerca da possibilidade de requerer medida liminar e os efeitos no ordenamento jurídico, quando do pronunciamento de sua decisão final, em virtude de sua procedência ou improcedência.

A ADI consiste em ação típica do controle de constitucionalidade abstrato, modo concentrado, e tem por objetivo verificar a compatibilidade entre a lei ou o ato normativo e a Constituição, visando, outrossim, defender a ordem jurídica. Conta com um órgão de cúpula, também chamado “guardião da Constituição”: o Supremo Tribunal Federal (STF).

Dentro de uma ADI existe a possibilidade de ser requerido um pedido liminar, de acordo com previsão do art. 102, I “p” da CF/88, desde que presentes os requisitos do “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”. Deferida a medida antecipatória, suspende-se a eficácia da lei ou ato normativo objeto da controvérsia, até o julgamento definitivo da ADI.

Importa mencionar, nesse ponto, que não há no Brasil a possibilidade, em regra, de ocorrência do efeito repristinatório, ou seja, a revogação de uma lei não faz voltar automaticamente a vigência de lei anterior revogada. No entanto, especificamente em relação à suspensão dos efeitos de uma lei a qual se está discutindo a constitucionalidade, torna-se possível aplicar a legislação que fora revogada pela lei em debate, caso exista, exceto se houve manifestação expressa em contrário pelo STF.

Em relação às ADIs ns. 4645 e 4655, fora requerido provimento liminar. A Ação de n. 4655, ajuizada pelo Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, requereu a concessão de tutela antecipada, a fim de suspender a eficácia da Lei n. 12.642/11 até o deslinde final da Ação. Os argumentos utilizados pelo Procurador foram tais que, se as contratações fossem realizadas pelo RDC, haveria um comprometimento do patrimônio público e a existência da necessidade de se garantir aos gestores segurança para que iniciem as licitações e a construção das obras para os eventos esportivos de 2014 e 2016. Ocorre que, até hoje, contudo, não fora apreciado o pedido liminar.

Na palavras de Ari Ferreira de Queiroz⁵ “*A liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tem força vinculante, não se presta para declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, mas sim para suspender a sua aplicação enquanto não sobrevir julgamento de mérito*”.

Caso venha a ser procedente a declaração de inconstitucionalidade da Lei do RDC, o STF atribuirá efeito, que poderá ser retroativo (*ex tunc*) ou não retroativo (*ex nunc*), tendo em vista que, de acordo com o art. 27 da Lei n. 9.868/99⁶, o órgão julgador da constitucionalidade poderá mencionar o efeito aplicado à decisão, em virtude da observância da segurança jurídica e do interesse social, vejamos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Tal dispositivo define a chamada “modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, que pode ser temporal, espacial ou de outra natureza. Empregando a técnica da modulação temporal, colaciona-se o seguinte aresto⁷:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. AÇÕES PENAIS E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA OCUPANTES E EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS ATÉ 15 DE SETEMBRO DE 2005.

1. A proposição nuclear, em sede de fiscalização de constitucionalidade, é a da nulidade das leis e demais atos do Poder Público, eventualmente contrários à normatividade constitucional. Todavia, **situações há que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos, porque somente assim é que se preservam princípios constitucionais outros, também revestidos de superlativa importância sistêmica.**

2. Quando, no julgamento de mérito dessa ou daquela controvérsia, o STF deixa de se pronunciar acerca da eficácia temporal do julgado, é

⁵ QUEIROZ, Ari Ferreira de. “*Direito Constitucional*”. São Paulo: JHMIZUNO Editora Distribuidora. 2014, p.290.

⁶ Lei n. 9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797-ED/DF, rel. min. Menezes Direito, DJe-039 divulg 27-02-2013, public 28-02-2013, ementa vol 02678-01 PP-00001.

de se presumir que o Tribunal deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social. Presunção, porém, que apenas se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta. O Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua decisão), de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição.

3. Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta.

(...)

5. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos para fixar a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, preservando-se, assim, a validade dos atos processuais até então praticados e devendo as ações ainda não transitadas em julgado seguirem na instância adequada. (grifei)

Assim, a modulação dos efeitos proferidos em declaração de inconstitucionalidade, reveste-se de razões de segurança jurídica, respeito ao Poder Legislativo e presunção de constitucionalidade de seus atos.

3.2 OS RISCOS LEGAIS

Alvo de questionamentos de ordem constitucional, conforme explicitado no tópico anterior, a Lei n. 12.462/2011, se declarada inconstitucional total ou parcialmente serão nulos todos os contratos já firmados pela Administração sob esta modalidade, a menos que os efeitos sejam modulados pelo STF.

Diante de tal realidade, imperioso se faz um aprofundamento acerca dos vícios formais e materiais que permeiam a edição do novo regime licitatório, para assim apresentar de forma minudenciosa a caracterização dos riscos legais.

3.2.1 Vícios Formais

A Carta Constitucional brasileira estabelece as formas como deverá ocorrer o processo legislativo, especialmente no que se refere às competências para a criação de espécies normativas e o procedimento a ser observado.

Fala-se em inconstitucionalidade formal quando houver falhas ou vícios que podem ocorrer dentro do procedimento legislativo, ou seja, quando são editadas leis ou normas em desconformidade com o procedimento constitucional. Tal violação é em regra insanável, por acarretar afronta direta ao texto constitucional.

Kildare Gonçalves Carvalho, tratando acerca da inconstitucionalidade por vício formal, assevera que⁸:

Tem-se então que o controle de constitucionalidade, no processo legislativo, envolve apenas aspectos formais de constitucionalidade das leis em gestação, e examina a regularidade ou não de cada ato autonomamente isolado, que compõe o processo legislativo, na maioria das vezes qualificado como ato interno das Casas Legislativas. Podem, portanto, ser impugnados a iniciativa, a discussão, a emenda, a votação, a sanção, o veto, a promulgação e a publicação das leis.

Seguindo a linha de argumentação do Ministério Público Federal (MPF), quando do ajuizamento da ADI n. 4655/2011, a Lei em comento apresenta vícios formais e materiais, sendo que tais vícios compõem os riscos legais do novo regime, alvo do presente estudo.

A inclusão de matéria estranha à tratada na MPV original representa afronta ao processo legislativo (arts. 59 e 62 da CFRB/88), bem como ao princípio da separação dos poderes, vez que esta espécie normativa é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, utilizando, para tanto, os critérios de relevância e urgência para edição de uma MPV.

Em relação aos pressupostos necessários para a edição de Medida Provisória, Ari Ferreira de Queiroz ensina que:

São dois os pressupostos necessários e cumulativos para que o chefe do Poder Executivo possa editar medida provisória: relevância e urgência. A estes pressupostos o Supremo Tribunal Federal

⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011, p. 326.

denomina de “estado de necessidade”, que justifica a medida provisória e obriga o Poder Executivo a adotar imediatas providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.

Acrescenta, ainda, no que se refere ao critério de urgência, o seguinte:

O juízo de relevância é discricionário, cabendo a valoração ao presidente da República. De certa forma a urgência também, mas quanto a esta é possível afirmar que não será urgente a situação quando se puder alcançar resultado prático equivalente por meio de remessa de projeto de lei ao Congresso Nacional, com a prerrogativa prevista no art. 64, § 1º, da Constituição Federal.

De acordo com o Procurador Geral da República, há espaço para emendas parlamentares no âmbito das medidas provisórias, mas é imprescindível que elas guardem afinidade lógica e relação de pertinência com a proposição original, o que não ocorreu na tramitação da Lei n. 12.462/2011.

É que, se fosse permitido ao Poder Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto da Medida Provisória, estaria se transferindo a este Poder uma atribuição que a Carta Magna reserva exclusivamente para o Presidente da República.

É nessa mesma linha de intelecção que Renato Monteiro de Rezende⁹ se posiciona:

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.

Acrescenta, ainda, o *Parquet*, que, em matéria legislativa, o STF entende que sua usurpação atenta de tal forma contra a ordem constitucional que nem mesmo a sanção do ente usurpador convalida o vício. Colham-se, nesse sentido, os seguintes arestos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA

⁹ *Op. Cit.*

DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. **Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República).** 2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. **A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal.** 4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF - ADI: 2113 MG, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-01). (grifei)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS - REGÍME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - PROCESSO LEGISLATIVO - INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA - SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI - IRRELEVÂNCIA - INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA N. 5/STF - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM-SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS . - O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes . - A usurpação do poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em conseqüência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. **A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA . - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade.** Insubsiistência da Súmula n. 5/STF. Doutrina. Precedentes. (STF - ADI: 2867 ES, Relator: CELSO DE MELLO, Data

de Julgamento: 03/12/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-02-2007). (grifei)

O mesmo entendimento adotado pela Suprema Corte deve ser aplicado à Medida Provisória, vez que tanto em relação a esta espécie normativa, como em relação à iniciativa privativa, nota-se a presença de um juízo de conveniência e necessidade que não se pode transferir a outros Poderes.

Nessa linha de raciocínio, os dispositivos da Lei do RDC impugnados, sendo fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na Medida Provisória apresentada pelo Presidente da República, devem ser declarados formalmente inconstitucionais.

É que a MPV n. 527/2011, em seu texto original, limitava-se a criar a Secretaria de Aviação Civil, bem como promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, bem como autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo.

Acrescenta-se o fato de que não foi constituída a comissão mista prevista no art. 62, § 9º, da Constituição Federal, para emitir parecer a respeito da MPV n. 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) n. 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, 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.

Corroborando a ideia do Procurador Geral da República, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Partido Popular Socialista (PPS), suscitaram, nos autos da ADI n. 4645, que a MPV n. 527/2011 deixou claro que o Executivo legisla ordinariamente, através da edição de Medidas Provisórias, desrespeitando o texto Constitucional.

Desse modo, a inclusão do RDC no bojo do projeto de lei de conversão, por emenda do relator, quando a matéria fora para deliberação do plenário,

resultou em nítida violação ao art. 62 da CF/88, resultando na inconstitucionalidade formal da MPV n. 527 e, conseqüentemente, da Lei n. 12.462/2011.

Por derradeiro, a existência de Medidas Provisórias com conteúdo tematicamente desconexo afronta os incisos I e II do art. 7º da Lei Complementar (LC) n. 95/1998, que objetiva evitar que matérias diversas integrem um mesmo texto de Lei¹⁰, o que ocorre, à espécie, já que não há como se estabelecer um vínculo material entre normas de licitações dirigidas a diversos entes da Federação e a alteração da estrutura administrativa do Poder Executivo Federal.

3.2.2 Vícios Materiais

No tocante aos vícios materiais, os argumentos do MPF seguem no sentido de que os artigos que instituíram o RDC contrariam a vertente da legalidade, prevista no *caput* do art. 37 da CF/88, por transferir a terceiros a decisão de escolher quais empreendimentos serão licitados na nova modalidade e por não fixarem parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras a serem adquiridos pela Administração.

Nessa esteira, utilizando-se, ainda, os argumentos utilizados pelo MPF, destacam-se os vícios materiais constantes dos seguintes fatos: *i)* as obras e serviços serão contratados sem que se tenha definido, de forma clara, o seu objeto, uma vez que dispensa a preexistência do projeto básico, destacando-se que no § 6º do art. 7º da Lei n. 8.666/93, considera nula a licitação realizada sem este documento devidamente aprovado pela Administração; *ii)* a permissão de que se concentre num mesmo contratante a elaboração do projeto e a execução da obra e/ou serviço, uma vez que tal prática provoca o desvirtuamento de todos os propósitos da licitação.

Em outro plano, outro elemento do diploma legal em análise passível de questionamento é a sistemática de pré-qualificação permanente, que iria em

¹⁰ Rezende, 2011.

sentido contrário à livre concorrência, à isonomia entre os participantes e à proteção dos interesses coletivos. A habilitação dos interessados em fase anterior e distinta da licitação pode levar a um direcionamento do certame e conluio entre os licitantes, além de sobrepreços e outras irregularidades.

Desse modo, nas palavras de Romiro Ribeiro¹¹ *“é elevado o risco legal do RDC, o que fragiliza todas as partes interessadas: sociedade, administração pública e particulares fornecedores de bens e serviços”*.

Fator que potencializa os riscos se funda no fato de o Governo Federal e o Congresso Nacional ampliarem o escopo do RDC, estimulando contratações nessa modalidade. Deixou, pois, o novo regime, de se restringir às obras destinadas aos eventos esportivos de 2014 e 2016, para contemplar também as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), as obras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos sistemas públicos de ensino, nos termos das Leis ns. 12.688/2012 e 12.745/2012.

Em relação aos eventos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Lei n. 12.462/2011 delega à Autoridade Pública Olímpica a seleção das obras e serviços que deverão se submeter ao regime do RDC e que deverão integrar o documento chamado “Carteira de Projetos Olímpicos”¹².

Enquanto não definido o mencionado documento, o artigo 65 da Lei do RDC¹³ permite que o regime seja adotado para licitações e contratos que o administrador público entender necessários ao cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional (COI).

Evidente, nesse ponto a ofensa ao art. 37, XXI da CF/88, tendo em vista que o novo regime de licitação pública não fora definido em Lei, mas por ato do Poder Executivo. Não há parâmetro legal para que se defina o que seja uma

¹¹ Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. In “O Calcanhar de Aquiles do Regime Diferenciado de Contratações – RDC”, Nota Técnica n. 13/2013.

¹² A chamada “Carteira de Projetos Olímpicos” consiste em um conjunto de obras e serviços selecionados pela Autoridade Pública Olímpica tidos como essenciais à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, de acordo com a definição inscrita no art. 3º, VII, do Protocolo de Intenções que consta no Anexo da Lei nº 12.396/2011.

¹³ Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

licitação ou contratação necessária aos eventos previstos no diploma normativo, o que representa outorga desproporcional de poder ao Executivo.

No plano prático da experiência, observa-se que essa delegação de poder já trouxe sérios riscos ao patrimônio público. Nos Jogos Panamericanos de 2007, a União, o Estado e o Município do Rio de Janeiro não conseguiram se organizar ao ponto de identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados. Assim, o orçamento inicial do evento fora ultrapassado de forma considerável, alcançando o montante de três bilhões de reais.

Do mesmo modo, a Copa do Mundo de 2014 apresentou graves deficiências em termos de planejamento e organização, não tendo ocorrida a necessária atualização da Matriz de Responsabilidades prevista no art. 1º, II, da Lei n. 12.462/2011.

Corroborar-se, dessarte, a tese de que a transferência ao Poder Executivo da definição do regime jurídico de licitação pública, sem a observância de critérios legais, além de ofender o texto constitucional, fere os princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da eficiência administrativa.

Acrescenta-se, por derradeiro, que os órgãos e entidades da Administração em âmbito Federal vêm direcionando suas contratações para o RDC.

Com efeito, na audiência pública realizada pelas Comissões de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC) Viação e Transporte da Câmara dos Deputados, dia 21/05/2013, o Diretor de Infraestrutura de Transporte do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) informou que a Autarquia já realizou um quantitativo de noventa e uma licitações com base no regime licitatório do RDC, o que implica valores calculados no montante de R\$ 6,1 bilhões.

Na mesma Audiência, a Infraero informou que já adotou o RDC em cinquenta processos licitatórios. Outros órgãos também informaram a utilização do RDC, a saber: Trensurb; Ministério da Ciência e Tecnologia; Valec; Empresa de Planejamento e Logística S/A; Secretaria Especial de Portos; Ministério da Integração e o Ministério da Educação.

Destoando do princípio da Responsabilidade Fiscal, previsto no art. 1º da LC n. 101/2000, essa postura da Administração ignora os riscos legais do

RDC, vez que a mencionada Lei estabelece a pressuposição de ação planejada e transparente em que se previnem riscos e corrigem-se desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Consistindo a inconstitucionalidade material na expressa incompatibilidade do conteúdo de uma legislação frente aos preceitos constitucionais, a Lei n. 12.462/11 apresenta conteúdo que desencontra os princípios gerais estabelecidos na Carta Constitucional. Na hipótese de vir a ser declarada inconstitucional, não há a possibilidade de a Lei assim declarada continuar a existir, ante a preservação e prevalência do conteúdo constitucional.

No que se refere ao sigilo orçamentário, também chamado de orçamento secreto, inscrito no art. 6º da Lei do RDC, a questão refere-se à lesão ao princípio constitucional da publicidade, vez que o orçamento estipulado para a contratação só é divulgado após o encerramento da licitação.

Tratando acerca do orçamento sigiloso, Renato Monteiro de Rezende¹⁴, entende que:

Não resta dúvida de que a nova regra entra em rota de colisão com diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Choca-se com o art. 40, § 2º, II, da mencionada Lei, que dispõe instituir 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 n. 8.666, de 1993, a consequência será a inconstitucionalidade formal do art. 6º da Lei do RDC.

Como precursor da prática democrática de controle da Administração pela sociedade, a publicidade representa um avanço no reconhecimento do direito de participação da sociedade nas decisões públicas.

Só se pode fiscalizar o que se tem acesso, com exceção dos casos nos quais o sigilo se faz imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, todos os cidadãos tem o direito de receber informações sobre a Administração

¹⁴ Op. Cit.

Pública. No RDC, ao invés de figurar o sigilo como exceção reveste-se o instituto como regra do diploma normativo.

Sob o argumento de evitar possíveis combinações entre os licitantes durante a formação das propostas, o sigilo do orçamento traz um custo alto ao respeito hierárquico à Constituição, violando a máxima publicidade que a Lei Maior impõe.

Em outro plano, extrai-se que, em um país democrático, os órgãos de controle externo devem atuar em nome da sociedade e não como seus substitutos. Dessa forma, tais órgãos de controle não poderão substituir a sociedade no que se refere ao controle dos gastos públicos nas obras realizadas pelo RDC, que permanecem sob sigilo até o final da licitação.

O controle externo constitui modalidade de controle em que um Poder fiscaliza os atos administrativos praticados por outro Poder. É o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado.

Ocorre, assim, nítido contraponto também em relação à Lei n. 8.666/93, vez que esta preceitua a publicidade, de acordo com a Constituição.

Outro ponto de relevante discussão refere-se à preferência dada ao regime de contratação integrada, com redação dada pelo art. 8^a, § 5^o e art. 9^o, § 1^o da Lei do RDC. Este instituto se traduz pela realização das obras e serviços de engenharia se dar por um único contratante, no que se inclui a elaboração dos projetos básico e executivo, e, em relação à execução das obras, a inserção das intervenções necessárias e suficientes para a entrega final do objeto da licitação.

Ocorre que, o instrumento da contratação integrada fere gravemente a finalidade competitiva das licitações, vez que dispensada estará a Administração de elaborar o projeto básico, documento que permite a avaliação do melhor e menor custo e da melhor proposta para a execução dos contratos.

É de se evidenciar, ainda, que a ausência de projetos adequados ao interesse da Administração causa significativos transtornos durante a execução do contrato, tendo em vista que poder-se-ia pagar um preço mais baixo do que o limite quantitativo previamente estabelecido no projeto.

A definição prévia do objeto é uma imposição que decorre diretamente do princípio da isonomia entre os concorrentes, haja vista ser a partir dele que se pode comparar as propostas de forma objetiva.

Em outro ângulo, o modelo de empreitada integral, adotado pela Lei do RDC, ao permitir que se concentre num mesmo licitante tanto o projeto básico como a execução da obra ou serviço implica, segundo Marçal Justen Filho¹⁵, que o autor do projeto teria condições de visualizar antecipadamente os possíveis concorrentes. Desse modo, o Autor visualiza que o contratado poderia ser tentado a excluir ou dificultar o acesso de potenciais interessados, o que se faria através da elaboração de um projeto que estabelecesse características apenas executáveis por uma pessoa específica, ou, ainda, a imposição de características que beneficiassem o próprio autor do projeto.

Em relação à pré-qualificação, ocorre um desencontro dos arts. 29 e 30 da Lei n. 12.462/2011 em relação ao art. 37, XXI da CF/88, por ferir a finalidade do procedimento licitatório, que se fundamenta na livre competição, veja-se:

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:

I - pré-qualificação permanente
(...)

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - 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; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

Desse modo, o procedimento da pré-qualificação, no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, está em contramão aos princípios que regem a Administração Pública e suas contratações, por buscar a habilitação prévia dos licitantes em fase que se distingue da licitação propriamente dita. Ademais,

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: dialética, 2008.

exclui os interessados que não estejam pré-qualificados da licitação, conforme se vê no §2º do art. 30 supra transcrito.

Vale mencionar que o TCU, ao analisar o instituto de pré-qualificação, como um procedimento, em diversas licitações praticadas pela INFRAERO verificou que sua adoção restringe o caráter competitivo da licitação, favorece o sobrepreço nos contratos, além de possibilitar o direcionamento e o conluio entre os participantes.

Nesse sentido, transcreve-se trecho do Acórdão 807/2008, proferido em Plenário:

63. O TCU acompanhou no ano de 2006 as obras realizadas em 11 aeroportos, encontrando indícios de irregularidades recorrentes, dentre eles o de sobrepreço nos valores contratados. **Destacam-se, nos casos analisados relativos a licitações do tipo técnica e preço, alguns procedimentos adotados pela INFRAERO que, por restringirem o caráter competitivo do processo licitatório, terminam por favorecer a ocorrência de sobrepreço nos contratos, quais sejam: a pré-qualificação, os requisitos exigidos para qualificação técnica, os critérios de avaliação das propostas técnicas e das propostas de preço.**

64. Considerando que a restrição ao caráter competitivo da licitação é expressamente vedada no art. 3º da Lei n. 8.666/93 (inc. I do §1º), e ainda a relação dessa irregularidade com a ocorrência de sobrepreço nos contratos, torna-se evidente a necessidade de reavaliar a metodologia de contratação da Estatal.

[...]

67. A INFRAERO, ao adotar a pré-qualificação, publica o edital referente a esta primeira fase (Edital Fase I), que tem por objetivo definir as concorrentes habilitadas. Entretanto, apesar de a pré-qualificação já caracterizar a fase externa da licitação, quando da publicação do primeiro edital, as regras da concorrência futura (Edital Fase II) não são apresentadas às licitantes, tampouco encontram-se elaboradas. Em se tratando de concorrência de técnica e preço, o tipo mais comum nas últimas licitações da Estatal, os critérios de julgamento da proposta técnica e da proposta de preços somente são definidos após o conhecimento das concorrentes habilitadas (resultado da Fase I).

68. Também merece abordagem o fato de que o projeto básico da obra e a respectiva planilha orçamentária somente são divulgados na segunda fase da licitação (Edital Fase II), ou seja, após definidas as concorrentes habilitadas.

69. Tudo indica que, diante do desconhecimento das características do objeto e dos valores altos e lucrativos envolvidos em sua execução e, ainda, das regras de avaliação e julgamento das propostas, muitas empresas sequer se apresentam para a pré-qualificação, reduzindo de antemão o universo de concorrentes a participar da segunda fase. Acontece, portanto, uma restrição já na primeira fase no processo.

70. Como consequência, os preços das propostas têm se situado acima do orçamento-base da Estatal, que, por sua vez, elaborado em

dissonância aos dispositivos legais, apresenta indícios de superavaliação.

71. **O fato acima exposto foi constatado em todas as fiscalizações realizadas em 2006, existindo ainda outros riscos decorrentes da metodologia de licitação adotada,** os quais não são objeto do presente trabalho, mas não poderiam deixar de ser citados: a possibilidade de direcionamento e de conluio entre os participantes.

72. **Todos esses fatores contrariam os princípios da licitação e descaracterizam o ambiente competitivo que levaria a uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública.**

73. Ponderando-se que a legislação atual não traz a definição e as regras claras para a realização da pré-qualificação, apenas relaciona requisitos para a sua utilização (art. 114 da Lei n. 8.666/93); e ainda que as obras aeroportuárias não apresentam características que justifiquem a necessidade de uma análise mais detida da qualificação técnica das concorrentes, entende-se que eventuais vantagens advindas desse procedimento não compensam os riscos potenciais inerentes a ele. Desse modo, em nome da ampliação da competitividade, sugere-se a eliminação dessa fase nos procedimentos licitatórios de obras aeroportuárias. (grifei)

Deve-se ressaltar, que a análise do TCU realizada no acordão acima colacionado foi feita em relação à pré-qualificação disciplinada na Lei Geral de Licitações, que admite, em seu art. 114, apenas quando o objeto da licitação recomende análise mais aprofundada de qualificação técnica dos interessados.

Já na Lei do RDC o procedimento da pré-qualificação é possibilitado para qualquer situação que envolva fornecimento de bem e execução de serviço ou obra. É, pois, a regra de aplicação, e não situação excepcional, o que agrava o nível de lesão ao princípio licitatório da ampla competitividade.

A LGL, em oposição à Lei n. 12.462/11, estabelece em seu art. 7º, § 2º, I e II, que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do certame licitatório, bem como exige orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários de forma individualizada.

Ainda, o art. 40, § 2º, I e II, da Lei 8.666/93 dispõe que constituem anexos do edital, o integrando, portanto, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos necessários.

Desse modo, a contratação integrada deverá ser, necessariamente, por técnica e preço, e, ainda, segundo critérios objetivos previstos no edital¹⁶.

Nessa mesma linha, o Decreto n. 2.745/98, que regulamenta o procedimento licitatório da Petrobrás, também possibilita a realização da contratação integrada, quando for economicamente favorável à administração.

Nesse ponto, discute-se se a edição da lei do RDC trouxe de fato maior celeridade à contratação das obras olímpicas de 2016 ou se, como resultado em sentido contrário, trouxe discussões judiciais que dificultam e desaceleram a plena eficácia da Lei n. 12.462/11. Posicionando-se pelo efeito contrário ao pretendido pelo Governo Federal, quando da edição da MPV inicial, corrobora-se a tese da inconstitucionalidade da nova lei.

Ainda que alguns eventos esportivos já tenham sido realizados, a discussão se faz plenamente atual, mormente em relação às obras para os eventos olímpicos e paraolímpicos de 2016 e à extensão que foi dada pelo RDC às obras do PAC, do ensino público e do SUS. É que as alterações legislativas que se imiscuíram no novo regime licitatório o transformaram em um regime de caráter permanente.

Konrad Hesse, em “A Força Normativa da Constituição”, pronunciando-se acerca do respeito à Constituição quando da inserção no ordenamento jurídico de novos regimes legislativos com viés inconstitucional, assim leciona¹⁷:

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burskhardt, aquilo que é identificado como vontade da constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático”. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”.

¹⁶ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. RDC: uma resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93,. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posical-favoravel/9492>. Acesso em 20 de junho de 2016.

¹⁷ HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1991, p. 21-22.

Desse modo, firmado o posicionamento, deve-se aguardar os efeitos que serão atribuídos às ADIs relacionadas à Lei n. 12.464/2011, caso venham a declarar a inconstitucionalidade deste novo regime licitatório.

O Ministro Luiz Fux, relator das ADIs em menção, determinou a adoção do rito abreviado, sem prévia análise de medida liminar, conforme disposto na Lei n. 9.868/99, que possibilita o julgamento do processo diretamente no mérito pelo Plenário do STF diante *“da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”*. No entanto, até a data de apresentação do presente estudo não houve nenhum posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto.

Seguindo a análise acerca dos vícios materiais que pertencem ao gênero dos riscos oriundos da instituição do RDC, especialmente no que se refere às licitações para as obras olímpicas de 2016, deve-se fazer menção aos reflexos na questão ambiental.

É dizer, a Constituição Federal preceitua em seu artigo 225 que todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo, para tanto, indispensável a promoção de uma política de educação ambiental, senão vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (grifei)

Ocorre que, a Lei n. 12.462/2011 traz em seu art. 4º redação que abre margem à interpretação de que, havendo obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais e/ou culturais, serão aplicadas apenas medidas mitigadoras ou compensatórias dos danos ocasionados, *verbis*:

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

(...)

§ 1o As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - **mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;**

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2o **O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.** (grifei)

O art. 225, § 1º, VI, da CF/88 supra transcrito prevê de forma clara que o estudo de impacto ambiental é o instrumento adequado para se poder avaliar o nível e a extensão do dano ambiental, através da ponderação de interesses, utilização do critério de conveniência para a realização da obra ou atividade e se fixar as condições nas quais se desenvolverão.

O legislador, principalmente em se tratando de matéria sensível ao interesse público, não pode deixar margens para interpretações equivocadas ou que venham a restringir direitos difusos. Constitui, portanto, um sério vício de ordem material, a possibilidade de interpretação do mencionado artigo da Lei do RDC que dispense exigências estabelecidas na Lei de Licenciamento Ambiental, mormente no que se refere à avaliação sobre a possibilidade de realização da obra/atividade.

Explicitados os aspectos formais e matérias dos vícios que constituem o gênero “riscos legais”, será analisado, no capítulo que segue, o papel do Tribunal de Contas da União na fiscalização das Obras Olímpicas de 2016, regidas pelo RDC e os resultados práticos das auditorias realizadas pela Corte de Contas, de modo a corroborar a tese de que a edição da Lei n. 12.462/2011 trouxe riscos ao ordenamento jurídico que direcionam a um viés inconstitucional.

4. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS PARA OS JOGOS DE 2016

4.1 O CONTROLE EXTERNO COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL

Explicitados os riscos legais que advieram da instituição da Lei do Regime Diferenciado de Contratações, passa-se a analisar as previsões que o constituinte de 1988 estabeleceu para fins de controle externo da Administração Pública.

Com redação dada pelo art. 70, *caput*, da CF/88, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e dos entes da Administração Pública direta e indireta, no que se refere aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas fica a cargo do Congresso Nacional, por meio do exercício do controle externo.

Por derradeiro, o art. 71 da Constituição elenca o rol de competências que deverão ser exercidas pelo Tribunal de Contas da União, como órgão de controle externo, a saber:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões,

ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Nota-se que o legislador constituinte preocupou-se em estabelecer que o Congresso Nacional delegue, por meio de leis, os meios e os mandatos para que a Administração Pública alcance objetivos políticos, econômicos e sociais.

Por esse motivo, o Parlamento precisa de instrumentos para avaliar e controlar o alcance dos resultados das ações praticadas pela Administração Pública, especialmente no que se refere às licitações e contratos administrativos. Este constitui o princípio fundamental do Controle Externo, prerrogativa da qual o Poder Legislativo é titular.

Para ampliar o controle pelo Congresso Nacional, a Constituição criou o Tribunal de Contas da União e estabeleceu de forma clara as competências que estão dispostas no seu art. 71 acima reproduzido.

Além disso, existem outras atribuições previstas em outros diplomas legislativos, como na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), na Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias

(LDO). O TCU também atende a solicitações específicas do Congresso Nacional, como, por exemplo, pronunciar-se conclusivamente sobre indícios de despesas não autorizadas, em razão de solicitação de Comissão Mista de Senadores e Deputados.

O art. 113 da Lei n. 8.666/93 dispõe que, além do controle que o Tribunal de Contas exerce nos procedimentos licitatórios, qualquer licitante contratado ou, ainda, qualquer pessoa física ou jurídica pode representar contra irregularidades na aplicação da Lei Geral de Licitações. O art. 46 da Lei do RDC trouxe de forma expressa que se aplica o art. 113 da LGL ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

De outro lado, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União estabelece que o acompanhamento dos editais de licitações, dos contratos, inclusive administrativos, e dos convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres será realizado através do Diário Oficial da União (DJU) ou de qualquer outro meio autorizado pelo Regimento Interno.

É, pois, de grande importância a atuação da Corte de Contas na fiscalização dos eventos esportivos de 2016, haja vista envolverem vultuosos investimentos públicos e representar o compromisso do País com a realização de importante evento no cenário internacional. A missão de sediar os Jogos Olímpicos de 2016, no atual cenário brasileiro, implica mais seriamente no que os cidadãos esperam dos órgãos de fiscalização, especialmente que o TCU atue fielmente às suas competências estabelecidas pela Constituição Federal.

Como exemplo da importância fiscalizatória do Órgão de Contas extrai-se o processo n. 039.089/2012-6, em que o TCU analisou a reforma do terminal de passageiros e acesso viário ao aeroporto internacional de Salvador/BA, cuja obra foi realizada utilizando-se o RDC, com a fiscalização o preço da obra chegou a ser reduzido em um montante de R\$ 4,8 milhões¹⁸.

Manifestando-se acerca do âmbito de incidência do RDC, o TCU entende que a utilização do Regime Diferenciado de Contratações em obras cujo término se dê posteriormente às Olimpíadas de 2016 só se legitima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização do evento esportivo e desde que se evidencie a viabilidade

¹⁸ Acórdão n. 0306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, rel. Valmir Campelo, 27.02.2013.

técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas em momento posterior¹⁹.

Por meio das auditorias, o TCU verifica se os atos dos administradores estão em conformidade com as leis ou regulamentos, bem como avalia o desempenho e os resultados da gestão pública.

Como resultado das auditorias realizadas pelo Tribunal, podem ser feitas recomendações, determinações ou aplicação de sanções aos administradores públicos, é o que a corte de contas tem feito em relação às obras para as Olimpíadas de 2016, que serão adiante expressadas.

4.2 NATUREZA DAS AUDITORIAS DE FISCALIZAÇÃO

O principal objetivo de uma auditoria consiste em emitir pareceres adequados sobre as demonstrações financeiras, sempre de acordo com os princípios mais comumente aceitos. Outro objetivo, não menos importante, sobre a auditoria, é auxiliar a administração no processo de implementação de estratégias gerenciais, destacando-se a prevenção de fraudes e erros relevantes em tempo.

O objeto da auditoria, por sua vez, é o conjunto de todos os elementos de controle do patrimônio administrado, os quais compreendem registros contábeis, papéis, documentos, fichas, arquivos e anotações que comprovem a veracidade dos registros e a legitimidade dos atos da administração, bem como sua sinceridade na defesa dos interesses patrimoniais²⁰.

O Tribunal de Contas da União editou a Portaria n. 280²¹ em que fundamenta a importância da auditoria governamental para a sociedade, nos seguintes termos:

A auditoria governamental realizada pelo TCU é um elemento primordial para assegurar e promover o cumprimento do dever de *accountability* que os administradores públicos têm para com a sociedade e o Parlamento, dado que a Constituição lhe atribuiu a

¹⁹ TCU. Informativo de Licitações e Contratos n. 111.

²⁰ JUND, Sérgio. Auditoria: conceitos, normas, técnicas e procedimentos. Rio de Janeiro: Consulex, 2001.

²¹ PORTARIA-TCU Nº 280, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2010.

missão explícita de examinar, como instituição independente de controle, as ações governamentais, cobrar explicações, impor penalidades e limites aos agentes estatais quando exercerem atividades impróprias ou em desacordo com as leis e os princípios de administração pública.

É nesse contexto que as normas de auditoria do TCU se revelam de fundamental importância. Elas constituem-se balizamento para que os auditores federais de controle externo, como profissionais de avaliação do desempenho e da *accountability* pública, orientem sua atuação com vistas ao aperfeiçoamento da administração pública e conduzam seus trabalhos consubstanciados em padrões técnicos e de comportamento irrepreensíveis, numa perspectiva de melhorar decisões e minimizar possibilidades de eventos que impactem adversamente os interesses da sociedade.

Portanto, a atividade de auditoria governamental exercida pelo TCU reveste-se de um acentuado caráter social, tendo as normas que a regulam uma importância inegável. As observações da Corte de Contas interessam não só ao TCU como órgão fiscalizatório, mas aos auditores e a todos aqueles que são destinatários dos resultados de seus trabalhos, como a sociedade.

Com o escopo de apresentar um resumo gerencial das ações adotadas pelo TCU para acompanhar os processos concernentes à preparação e à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como das fiscalizações já empreendidas pelo Tribunal, deve-se abordar os aspectos relacionados aos compromissos assumidos e garantias oferecidas pelo Brasil para a realização dos Jogos na cidade do Rio de Janeiro.

O controle externo das ações de governo voltadas à realização dos Jogos Olímpicos de 2016 está sendo realizado pelo Tribunal de Contas da União, pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Esses três tribunais firmaram um Protocolo de Intenções, publicado no DOU dia 25/9/2013, que estabeleceu a cada entidade a missão de fiscalizar a execução das ações necessárias à realização dos Jogos, conforme suas respectivas competências legais.

Destaca-se que ao TCU compete, em caráter especial²²: *i)* fiscalizar os órgãos e as entidades federais responsáveis pela de coordenação dos Jogos; *ii)* fiscalizar a liberação de recursos e a regularidade da execução das obras e dos serviços contratados com recursos federais, direta ou indiretamente; *iii)* promover orientação metodológica, eventos de capacitação, ações

²² (conforme Cláusula Terceira do mencionado protocolo)

coordenadas, etc; e *iv*) criar e manter portal na internet para divulgação de informações sobre as ações de controle.

Os demais Tribunais vêm fiscalizando ações e despesas segundo suas competências, nas respectivas esferas de governo. Por sua vez, a Controladoria Geral da União (CGU) também vem realizando fiscalizações em objetos vinculados à realização dos Jogos.

À medida que apreciados pelo Tribunal os processos específicos sobre a temática “Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016”, a cargo de cada relator, o Ministro Aroldo Cedraz, vice-presidente do TCU e coordenador das ações de controle externo acerca dos preparativos dos Jogos, apresentará consolidações dos encaminhamentos que estarão sendo dados pelos governos federal, estadual e municipal, das políticas e empreendimentos relacionados aos Jogos.

Tal ação foi delimitada em trecho de Comunicação ao Plenário, proferido pelo Ministro Augusto Nardes, Presidente do TCU, na sessão de 13 de março de 2013²³. Sob a relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, o Plenário do Tribunal aprovou plano de fiscalização para as iniciativas governamentais concernentes à realização do evento (Acórdão n. 1492/2013 – Plenário, sigiloso).

O plano define ações de controle que permitam ao TCU avaliar e contribuir para a melhoria, entre outros, dos aspectos de adequação e eficácia da estrutura de governança dos Jogos; cumprimento do cronograma de execução das obras; regularidade da contratação e execução das obras de instalações esportivas com recursos federais; implantação das obras de mobilidade urbana; eficácia do desenho e da implementação das ações de segurança pública e defesa para os Jogos; formação e treinamento de atletas de alto rendimento.

²³ “Assim, em conformidade com as diretrizes que estabeleci para a atuação da área técnica deste Tribunal, orientei a Segecex no sentido de que o plano a ser elaborado compreenda, além do controle da legalidade, legitimidade e economicidade dos projetos, uma abordagem acerca da boa governança dos Jogos, com o propósito de que o TCU possa contribuir para o fortalecimento do sistema de controles internos e de monitoramento das ações de governo, da transparência dos gastos e da prestação de contas dos resultados alcançados.” (TCU, sessão de 13 de março de 2013).

4.3 AÇÕES DE CONTROLE: Análise Prática acerca da Utilização do RDC como Regime Licitatório

Nesse ponto, passa-se a tecer uma abordagem acerca da estratégia de acompanhamento estabelecida pela Corte de Contas, com enfoque no resultado das fiscalizações já concluídas e um especial destaque para a governança dos Jogos e as instalações esportivas, além de outras ações de controle em andamento²⁴.

Em cumprimento ao Plano de Controle Externo previsto no Acórdão n. 1.492/2013 – Plenário, foram realizadas fiscalizações com o intuito de avaliar o modelo de governança dos Jogos e verificar a regularidade das obras de instalações esportivas.

Desde que o Rio de Janeiro foi escolhido como cidade sede das Olimpíadas de 2016, o Tribunal de Contas da União tem se organizado e se articulado com outros órgãos de controle no sentido de acompanhar as ações governamentais de preparação para os Jogos Olímpicos.

Sob a coordenação do ministro Aroldo Cedraz de Oliveira, como já mencionado no tópico acima, o TCU elaborou um plano de fiscalização para as diversas áreas de investimento. Considerou-se, para a elaboração desse plano, as experiências e aprendizados vivenciados pelo Tribunal no acompanhamento das ações preparatórias para os Jogos Panamericanos, os Jogos Mundiais Militares e para a Copa do Mundo de 2014.

Passa-se, então, a expor os resultados das fiscalizações já concluídas e a apresentar informações referentes às ações em andamento e programadas, associando-se à tese desenvolvida neste trabalho, relativa aos riscos ao ordenamento jurídico que provieram da Lei n. 12.462/11 e a sua consequente inconstitucionalidade.

²⁴ TC 007.973/2015-2. Natureza: Relatório de Levantamento de Auditoria.

4.3.1 Avaliação da estrutura de governança dos Jogos e fiscalização das Obras Olímpicas pelo TCU

O Tribunal de Contas da União define Obra Pública como *“toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público. Ela pode ser realizada de forma direta, quando a obra é feita pelo próprio órgão ou entidade da Administração, por seus próprios meios, ou de forma indireta, quando a obra é contratada com terceiros por meio de licitação”*²⁵.

Em decorrência da atuação da União, do Estado e do Município do Rio de Janeiro em ações com vistas a viabilizar a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos no Rio de Janeiro, os três níveis de governo constituíram, como já esclarecido no capítulo primeiro do desenvolvimento deste estudo, consórcio público denominado Autoridade Pública Olímpica (APO).

O Contrato de Consórcio atribuiu à APO a responsabilidade de publicação da Matriz de Responsabilidades, documento vinculante que estipula as obrigações de cada um dos seus signatários para com a organização e realização dos Jogos.

A APO, a partir das informações fornecidas pelos três entes, bem como pelo Comitê Rio 2016, associação civil de direito privado responsável por promover, organizar e realizar os Jogos, publicou um documento em 28/1/2014, com vistas a atender ao comando legal e às determinações do TCU (Acórdãos 795/2012, 2.596/2013 e 3.336/2013-TCU-Plenário).

A fiscalização do TCU teve como objetivo primordial aferir o nível de aderência da Matriz de Responsabilidades, publicada em 28/1/2014 pela Autoridade Pública Olímpica, à Lei n. 12.396/2011 e às deliberações do TCU constantes no Acórdão 2596/2013 (TCU-Plenário), bem como identificar riscos à realização dos Jogos Olímpicos de 2016.

Extrai-se do Relatório Consolidador das Ações de Controle dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, realizado através do Processo TC

²⁵ Brasil. Tribunal de Contas da União. Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas – 3. Ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013.

008.576/2016-5²⁶, no período até maio de 2016, fiscalizações que, não obstante restarem apenas três meses da data de elaboração do relatório até a realização dos Jogos de 2016, houve um atraso considerável na entrega de importantes obras, refutando o argumento de que a adoção do RDC viria a ser solução de celeridade para as contratações públicas, inclusive com a existência de divergência nas informações prestadas pelos contratados, a saber:

14. Construção e restauração de arenas e instalações esportivas

TC 008.545/2016-2

Tipo de ação de controle: Relatório de Auditoria

Objeto/objetivo: auditoria realizada no Ministério do Esporte, na Caixa Econômica Federal e na Empresa Municipal de Urbanização da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (RioUrbe), no período compreendido entre abril e maio de 2016, com o objetivo fiscalizar a execução e o cronograma das obras das estruturas esportivas a serem construídas com recursos da União no Complexo Esportivo de Deodoro, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Unidade Técnica: SeinfraUrbana

Relator: ministro Raimundo Carreiro

Última deliberação: Acórdão 3.377/2015-Plenário (TC 018.718/2015-9)

Situação do objeto: As obras do complexo de Deodoro destinam-se a realização de competições em 11 modalidades.

Abaixo são indicados os valores das obras, todos custeados com recursos da União/ME, operados pela Caixa Econômica Federal. Não houve alteração dos valores contratados até o momento: Na última deliberação sobre o tema, Acórdão 3.377/2015-Plenário (TC 018.718/2015-9), **foram determinadas oitivas à RioUrbe, quanto a atrasos nas obras, e à Caixa Econômica, quanto a divergências nas informações sobre a execução das obras.** A resposta da oitiva está em análise na unidade técnica. Com relação a atrasos, foi indicado o caso da Vila dos Tratadores como ponto mais preocupante.

Situação do processo: O processo encontra-se em instrução na unidade técnica. (grifei)

No mesmo processo, a Corte de Contas menciona que quando restava menos de dois meses para o início dos Jogos, ainda havia arenas não concluídas. Deu, ainda, destaque ao fato de que a planilha da APO não contém informações sobre o andamento das ações da Multirregião, recentemente acrescentadas à Matriz.

²⁶Disponível em:

<<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2555B6EAA01559E3FAA555C5E&inline=1>>. Acesso em: 26 de jul de 2016.

Conclui, o referido órgão fiscalizador, que as ações referentes às arenas e instalações esportivas ainda têm pontos não concluídos que merecem acompanhamento mais próximo.

No tocante aos valores contratuais, observa-se que há alterações decorrentes de aditivos de acréscimo, o que, por si só, já contraria o estipulado na Lei do RDC e reflete os riscos que advém deste regime licitatório, quando observada a prática dos resultados.

A Lei do RDC, quando instituiu a contratação integrada, vedou a realização de termos aditivos nos contratos firmados, conforme previsão do § 4º do art. 9º da Lei n. 12.462/2011, já abordado no capítulo primeiro.

Todavia, conforme se vê na tabela abaixo, consideráveis aditivos foram necessários no decorrer da execução das obras olímpicas, vejamos:

Tabela 1: Aditivos às Obras Olímpicas de 2016²⁷

Região: Barra:

Projetos/Ações

Licitação (RDC)

Aditivos

Construção do Centro Olímpico de Tênis	R\$ 163.822.488,50	R\$ 26.311.274,79
Manutenção do Centro Olímpico de Tênis	R\$ 11.616.649,28	R\$ 10.054.020,30 (reajustamento)
Construção do Velódromo Olímpico	R\$ 112.385.215,19	R\$ 24.816.364,47
Manutenção do Velódromo Olímpico	R\$ 6.499.359,54	R\$ 7.853.903,54
Construção da Arena do Futuro (Hall 4)	R\$ 171.387.269,76	-R\$ 30.586.028,13
Manutenção da Arena do Futuro (Hall 4)	R\$ 6.651.398,91	(transf. para PAIPP)
Construção do Centro Olímpico de Esportes Aquáticos	R\$ 225.320.097,52	R\$ 10.486.960,88
Aquisição, instalação, operação e manutenção do sistema de ar condicionado - Arena Carioca 1, 2 e 3	R\$ 58.550.000,00	
Construção da primeira linha de alimentação do Parque Olímpico da Barra	R\$ 152.743.885,41	
Construção da segunda linha de alimentação do Parque Olímpico da Barra		

²⁷ Fonte: Processo TC 008.576/2016-5 – Plenário do TCU.

Evidente, portanto, que o próprio regime licitatório do RDC, ao ser adotado para, especificamente, reger as contratações de obras para os Jogos Olímpicos de 2016, trouxe consigo contradições que esbarram na celeridade e flexibilidade, inclusive observando-se, na prática, conforme a tabela acima, que alguns ajustes incabíveis na Lei n. 12.462/2011 se fizeram necessários para que o objeto do contrato pudesse ser entregue.

A Portaria n. 572 de 22/3/2010 da CGU definiu a lista de órgãos que devem prestar informações para a Corte de Contas. Também definiu, entre outras coisas, as informações a serem prestadas em relação aos recursos utilizados na realização dos Jogos, tais como: órgãos executores; código e descrição dos programas e ações orçamentárias; objetivos; valor global da ação; fonte do recurso, de forma a avaliar, também, o desempenho das contratações através do RDC.

Observa-se que o Portal da Transparência²⁸, meio utilizado pela CGU para divulgação das despesas para os Jogos, apresenta informações referentes à Matriz de Responsabilidades e algumas outras informações já bem antigas e sem nenhuma estruturação ou classificação. Dessa forma, esse instrumento também não está adequado e não contempla os aspectos que são apresentados na instrução do órgão de controladoria.

Cumprir acrescentar, ainda, que, conforme já mencionado, a APO também tem, no rol de suas atribuições, a coordenação e a divulgação de informações sobre as ações e despesas para os Jogos, especialmente as que constam na Matriz de Responsabilidades.

Considera-se que o quadro apresentado neste exame indica evidente falta de transparência, de clareza e objetividade nas informações que vêm sendo divulgadas. Além disso, essa falha pode contribuir para deficiências também nos controles gerenciais da gestão, especialmente no tocante às avaliações de resultados e às prestações de contas, sendo necessário ajustes nas informações sobre as despesas para os Jogos.

Desse modo, observa-se que há despesas vinculadas à realização dos Jogos que não vem sendo consideradas e nem divulgadas. Considerando-se o papel central do Ministério do Esporte na coordenação do Comitê Gestor dos

²⁸ Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/rio2016>>. Acesso em 14 de jul. 2016.

Jogos Olímpicos, dada pelo Decreto de 13 de setembro de 2012, e da APO na coordenação das ações, mostrou-se oportuno ao TCU a determinação aos entes para que, em conjunto, reavaliem o conteúdo e o formato dos instrumentos de tratamento e divulgação das despesas para a realização do Jogos, levando em conta as ações de todas as áreas de governo envolvidas e distinguindo investimentos e despesas de custeio.

Ante a disposição acima destacada, o tratamento, a organização e a divulgação adequadas das despesas para a realização dos Jogos devem atender não somente ao princípio da transparência e aos requisitos necessários para o melhor gerenciamento do evento, mas também serão necessários e essenciais para a elaboração das prestações de contas que o Poder Executivo deverá proceder.

É, nesse aspecto, que se observa no mundo fenomênico a lacuna que a Lei do RDC imprimiu ao deixar a cargo do particular a realização do projeto básico integrado à execução da obra, uma vez que a Administração Pública estabelece, através desse instrumento, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que pretende contratar, o que representa nítida inconstitucionalidade do art. 8º, inciso V e do art. 9º da Lei n. 12.462/11, já defendida no segundo capítulo.

Desse modo, tem-se que, em relação às ações que vêm sendo acompanhadas pelo TCU nas fiscalizações temáticas, existem registros de pendências importantes, tais como algumas arenas, instalações esportivas e instalações elétricas temporárias ainda não concluídas.

Também há registro de outras situações que demandam ajustes ou providências por parte dos responsáveis: lacunas na divulgação de informações a cargo da APO; controles e balanços relativos às isenções tributárias; conclusão de pontos no sistema de segurança; atendimento ao turista e expectadores; sustentabilidade e meio ambiente.

No plano prático ora abordado, verificando-se as conclusões do TCU nas auditorias dos Jogos, depreende-se que os vícios de ordem material e formal que caracterizaram o nascedouro da Lei n. 12.462/2011, conforme abordado no capítulo anterior, trouxeram impactos que implicam em riscos para o ordenamento jurídico.

É que, não por acaso o constituinte originário estabeleceu regras, que incluem quóruns específicos de votação, competências e trâmites para que o processo legislativo se dê da forma mais coerente possível com as demais leis que integram o ordenamento jurídico. Demais disso, a matéria abordada na Lei nova deve, necessariamente, guardar compatibilidade com o texto constitucional e as regras gerais da temática abordada.

In casu, um dos primeiros posicionamentos do TCU a respeito do instituto da contratação integrada, introduzido pela lei do RDC, pode ser observado no Acórdão n. 1.510/2013 (Plenário), de relatoria do ministro Valmir Campelo, por meio do qual o Tribunal, ao verificar falhas orçamentárias em empreendimento licitado de contratação integrada, decidiu que sempre que o anteprojeto permitir, as estimativas de preço devem se basear em um orçamento com o máximo de detalhamento possível, balizado pelo Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO) e/ou Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), devidamente adaptadas às condições particulares da obra, conforme o caso.

Deve, ainda, a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada, baseada em outras obras similares, serem realizadas somente nas partes do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto.

Como se observa, a interpretação do TCU foi claramente restritiva, limitando a possibilidade de emprego de metodologias paramétricas ou expeditas apenas às frações da obra não detalhadas o suficiente pelo anteprojeto.

Todavia, a regra contida no inciso II do art. 9º da Lei n. 12.462/11 é clara ao permitir, alternativamente, sem qualquer ordem de preferência, as três metodologias de orçamentação. Nesse sentido, cabe ao gestor público, quando da análise da situação concreta, optar pelo procedimento que entender mais apropriado para a busca do valor de mercado do objeto licitado, considerando as particularidades do caso.

Por derradeiro, em decisão tratando de outra licitação realizada utilizando-se o RDC, por meio do instituto da contratação integrada, o TCU recomendou ao órgão contratante que exigisse dos vencedores a apresentação, nos projetos básicos, das composições de custo unitário dos

serviços que não constem no SICRO, para que seja viável a análise do cronograma físico e dos critérios de aceitabilidade de preços da obra, bem como a retroalimentação do seu sistema de custos²⁹.

Diante da ausência de projeto básico com detalhamento de custos unitários ou da indisponibilidade de preços de referência para diversos itens do contrato, o TCU se posicionou, no Informativo de Licitações e Contratos n. 262, no sentido de que, eventual superfaturamento poderá ser caracterizado com base nos elementos disponíveis para análise, sem necessidade de se observar a representatividade amostral usualmente adotada pela Corte de Contas.

Nessas situações, há presunção relativa de que os itens não avaliados representam os valores de mercado, facultado aos responsáveis, todavia, demonstrar diferentemente, de modo a justificar o preço global contratado.

Ainda, se pronunciou a Corte de Contas afirmando que as licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas devem ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, devendo a opção pela forma presencial conter justificativa técnica e econômica, nos termos do art. 13 da Lei n. 12.462/11.

O Relatório de Auditoria do Ministério das Cidades apontou falhas em certame realizado pela Companhia Cearense de Transportes Metropolitanos (Metrofor), ainda sem edital lançado, cujo objeto prevê a implantação da Linha Oeste do Metrô de Fortaleza/CE.

A equipe de fiscalização realizou visita ao local em que as obras serão realizadas e examinou documentos relacionados ao processo licitatório, tais como: anteprojeto, justificativas para utilização do RDC, contratação integrada, minuta do edital, carta-consulta e estudos de viabilidade.

Da análise empreendida, foi identificada, dentre outras, falha relativa à ausência de justificativa para o uso da modalidade presencial de RDC. O relator reafirmou que a Lei n. 12.462/11 define que as licitações sob Regime Diferenciado de Contratações Públicas serão realizadas pela forma eletrônica.

Tal forma apresenta vantagens em relação à presencial pela participação de maior número de licitantes, por possibilitar maior disputa, transparência e competitividade, apesar disso, a mencionada lei admite o RDC

²⁹ Acórdão 1167/2014- Plenário do TCU.

presencial. Todavia, considerando a expressa preferência na norma para a forma eletrônica, a escolha diversa deve ser motivada, ainda nas palavras do Relator.

Diante do estágio preliminar da contratação, o mesmo relator considerou ser este o momento adequado para se promoverem as alterações necessárias para mitigar os riscos de insucesso da licitação regida pelo RDC. O Plenário, acolhendo essas conclusões, deu ciência da irregularidade à Metrofor e à Caixa Econômica Federal³⁰.

Ocorre que, a flexibilização da licitação, escopo maior da edição da Lei n. 12.462/2011, com mais opções à disposição da Administração, deve vir acompanhada de um maior rigor na fiscalização de cada ato do procedimento.

Deve, pois, haver uma prévia audiência pública para justificativa da modalidade contratual escolhida, do critério de julgamento, bem como da forma de disputa, fornecimento de todas as informações disponíveis, demonstração de que o prazo para apresentação das propostas é suficiente e comissão de licitação integrada por profissionais de reputação ilibada quando adotado critério técnico para julgamento das propostas.

Devem, ainda, proferir votos individuais fundamentados, entre outras medidas de natureza semelhante, tudo acompanhado muito de perto pelo Tribunal de Contas competente e pelo Ministério Público.

Tem-se que diversas obras, em vários setores da economia do Rio de Janeiro, serão necessárias para a realização dos Jogos. As áreas com as maiores demandas são: hoteleira; equipamentos esportivos; saneamento; portos; mobilidade urbana; energia; e comunicações. Registre-se que, nesses segmentos, a disponibilidade de insumos é imprescindível para execução da obra nos prazos exigidos.

Nas entrevistas realizadas na fase de execução da auditoria, foi constatado que vários empreendimentos serão realizados ao mesmo tempo, em função dos Jogos Olímpicos, ou seja, haverá um pico de demanda de materiais, serviços e de mão de obra³¹, o que já fora constatado.

³⁰ Acórdão 2438/2015-Plenário, TC 010.199/2015-2, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, 30.9.2015

³¹ Processo TC 012.890/2013-8 – TCU – Plenário.

Em reportagem publicada em 26.06.2016 fora noticiado que o Velódromo, obra olímpica com entrega em atraso, não recebeu evento-teste devido aos sucessivos problemas no cronograma de construção³². Acrescenta que a obra *“ainda fica devendo muito no quesito acabamento e passa por ajustes finais na fachada - cuja conclusão foi motivo de preocupação para o Comitê Olímpico Internacional (COI) e para a União Ciclística Internacional (UCI)”*.

Outras obras Olímpicas apresentam também um atraso no cronograma, o que reflete a dificuldade de execução do contrato por parte dos licitantes contratados. É o caso do “Engenhão”, uma das estruturas que já existiam antes mesmo de o Rio ser escolhido como sede da Olimpíada, em 2009. Seguindo a exemplificação, a pista de atletismo será trocada e a finalização do trecho olímpico do metrô é a que requer maior atenção por encerrar maior trecho pendente de conclusão.

Além disso, a queda de um trecho da ciclovía na Avenida Niemeyer no mês de abril, que matou duas pessoas, levantou dúvidas na comunidade internacional sobre a qualidade das obras, o que implica na urgência de apreciação da constitucionalidade da Lei do RDC pelo STF, para que, concluindo pela retirada desse diploma legal do mundo jurídico brasileiro, hajam contratações públicas seguras, embora regida por uma Lei mais exigente sob o ponto de vista burocrático, como conhecida a Lei Geral de Licitações.

Nesse contexto, verificou-se, também, por meio das entrevistas, que não há estimativas das necessidades dos principais equipamentos, materiais, serviços e mão de obra a serem utilizados na preparação dos Jogos Olímpicos.

Tal falta de planejamento, em razão da não elaboração do projeto básico pela Administração Pública, dificulta que as potenciais indústrias fornecedoras nacionais se preparem para o aumento de demanda, fato que abre a possibilidade de atrasos, contratações internacionais e emergenciais e outros problemas gerenciais.

³²Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/olimpiadas/noticia/2016/06/obras-mais-atrasada-velodromo-e-entregue-pela-prefeitura-ao-rio-2016.html>>.

A publicação da Matriz de Responsabilidades seria um primeiro passo para informar, ao mercado e à sociedade, a real dimensão das obras essenciais e, conseqüentemente, evitar surpresas e atrasos.

Em que pese na reunião de 9/5/2013, realizada pelo TCU com o Ministério do Esporte (ME), o Secretário Executivo do ME, Sr. Luis Manuel Rebelo Fernandes, ter afirmado que *“a Matriz de Responsabilidades estava 99% pronta, faltando apenas a homologação por parte da APO”*, em 19/6/2013, em reunião realizada com o Secretário Nacional de Esporte de Alto Rendimento do Ministério do Esporte (SNEAR/ME), Sr. Ricardo Leyser Gonçalves, participando da reunião o Diretor do Departamento de Infraestrutura de Esporte da Secretaria Nacional de Esporte de Alto Rendimento, Sr. Denner James Armanhe Zacchi, foi informado que *“a Matriz de Responsabilidades estava em processo de consolidação/validação na Casa Civil da Presidência da República, em fase de ajustes/revisão do apresentado pelo Ministério quando da candidatura dos Jogos quanto ao cerne de quais conjuntos de obras/instalações são essencialmente olímpicas, ainda sem previsão de conclusão”*.

A partir das entrevistas decorrentes da fiscalização do TCU, percebe-se que há um impasse entre os atores envolvidos na organização dos Jogos quanto ao custo das Olimpíadas, a partir de uma classificação das obras envolvidas do seguinte modo:

a) obras essencialmente olímpicas: obras capazes de prover as condições para implantação, modernização e ampliação da infraestrutura necessária para preparação, realização e legado dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos - Rio 2016;

b) obras com derivação olímpica: obras indicadas em função da realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos - Rio 2016, mas, caso não conclusas, não impossibilitariam a realização dos jogos na cidade do Rio de Janeiro; e

c) obras de interesse nacional, estadual ou municipal: previstas para a cidade do Rio de Janeiro, programadas independentemente da escolha da cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a exemplo das obras do PAC, do próprio Governo do Estado ou previstas pelo Município do Rio de Janeiro.

Em síntese, o maior risco de controle por parte do TCU refere-se à possibilidade de apenas após o fechamento das operações do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016, os governos terem que realizar aportes significativos a fim de cobrir as obrigações assumidas pela entidade – o que inclui os contratados através de licitação –, com as limitações do controle *a posteriori*, sobretudo em se tratando de empreendimentos temporários, os quais não deixam vestígios para se aferir a sua efetiva realização.

A relevância do trabalho do TCU assenta-se na premissa de que, não sendo possível ao Órgão, no desempenho do seu papel de auxiliar do Congresso Nacional no controle externo, fiscalizar todos os atos de gestão dos seus jurisdicionados, correlacionados aos Jogos Olímpicos de 2016, não resta outra opção que não seja a de desenvolver critérios de seleção a serem aplicados no planejamento das áreas, entidades ou temas que mereçam ação prioritária do controle.

A identificação das principais áreas de risco inerentes à organização e planejamento dos Jogos permitirá ao TCU concentrar sua ação fiscalizadora em temas com maior potencial de beneficiar a sociedade.

Foram observados, ainda na fiscalização do TCU, eventos relacionados aos atores envolvidos no planejamento e na organização dos Jogos que podem ter impacto nos resultados almejados pelo Brasil para os Jogos Olímpicos no Rio em 2016. Pelo seu reflexo nos objetivos finalísticos, o TCU entendeu que os seguintes fatores de risco são os que merecem ação prioritária por parte do TCU:

- a) sobreposição de competências de alguns atores, na estrutura de governança dos Jogos;
- b) não homologação da Matriz de Responsabilidades, que gera risco de atraso na execução de obras essenciais aos Jogos;
- c) atraso no andamento dos trabalhos dos Grupos de Trabalho temáticos, como o de legado; e
- d) indefinição de responsabilidade pelo acompanhamento (prévio, concomitante e posterior) das receitas e despesas do Comitê Rio 2016.

Por fim, o Tribunal de Contas da União cumpriu seu objetivo de conhecer a estrutura de governança dos agentes envolvidos na gestão dos Jogos e identificar eventos de risco e possíveis ações de controle a serem

adotadas pelo Tribunal, de modo que, anotados os principais pontos de preocupação na execução das Obras Olímpicas de 2016, deve-se levar a debate as fragilidades do Regime Diferenciado de Contratações que, por conter riscos legais de naturezas formal e material, poderá vir a ter consequências mais sérias para as contratações públicas brasileiras, devendo-se, após uma abordagem profunda do novo diploma legal, aguardar a manifestação expressa do único órgão capaz de definir a adequação do RDC ao ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

A escolha do Brasil para sediar as Olimpíadas de 2016 trouxe consigo motivos para a criação de um regime licitatório que trouxesse um procedimento mais célere e flexível na busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Criou-se, então o Regime Diferenciado de Contratações, através de ato legislativo do Poder Executivo, com a edição da Medida Provisória n. 527 que posteriormente foi convertida na Lei n. 12.462/2011, com a previsão de institutos que implicam em riscos para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, sob o ponto de vista formal o nascedouro da Lei do RDC se deu de modo que inclusão de matéria estranha à tratada na MPV original representou nítida afronta ao processo legislativo disposto na Constituição Federal vigente, bem como o lesão ao princípio da separação dos poderes, por consistir a MP em espécie legislativa de iniciativa exclusiva do Presidente da República, utilizando, para tanto, os critérios de relevância e urgência.

Ademais, embora haja espaço para emendas parlamentares no âmbito das medidas provisórias, é indispensável que elas guardem afinidade lógica e relação de pertinência com a proposição original, o que não ocorreu na tramitação da Lei n. 12.462/2011, conforme verificado no presente estudo. É que, se fosse permitido ao Poder Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto da Medida Provisória, estaria se transferindo a este Poder uma atribuição que a Carta Magna reserva exclusivamente para o Presidente da República.

No plano material, verificou-se no presente trabalho que a não definição, de forma clara, do objeto das obras e serviços contratados, uma vez que a Lei do RDC dispensa a preexistência do projeto básico, bem como a permissão de que se concentre num mesmo contratante a elaboração do projeto e a execução da obra e/ou serviço provoca o desvirtuamento de todos os propósitos da licitação.

Outro elemento do diploma legal que se verifica nítida inconstitucionalidade, também analisado, é a sistemática de pré-qualificação permanente, que iria em sentido contrário à livre concorrência, ferindo a isonomia entre os participantes e a proteção dos interesses coletivos. A habilitação dos interessados em fase anterior e distinta da licitação pode levar

a um direcionamento do certame e conluio entre os licitantes, sobrepreços e outras irregularidades, o que, sem dúvida contraria os princípios da Administração Pública e das licitações.

Verificou-se, outrossim, que o sigilo orçamentário, também chamado de orçamento secreto, inscrito no art. 6º da Lei do RDC, configura lesão ao princípio constitucional da publicidade, vez que o orçamento estipulado para a contratação só é divulgado após o encerramento da licitação, impedindo a realização do controle por parte da sociedade.

Diante do desconhecimento das características do objeto e dos valores altos e lucrativos envolvidos em sua execução, bem como das regras de avaliação e julgamento das propostas, muitas empresas acabam por não se apresentarem para a pré-qualificação, reduzindo previamente o universo de concorrentes a participar da segunda fase.

Como consequência, os preços das propostas acabam por se situar acima do orçamento-base da Administração, que, por sua vez, elaborado em dissonância aos dispositivos legais, pode levar a indícios de superavaliação.

A Lei n. 12.462/2011, deu, ainda, preferência ao regime de contratação integrada, com a realização das obras e serviços de engenharia por um único contratante, o que engloba a elaboração dos projetos básico e executivo e, em relação à execução das obras, a inclusão das intervenções necessárias e suficientes para a entrega final do objeto da licitação, o que fere gravemente a finalidade competitiva das licitações, vez que a Administração será dispensada de elaborar o projeto básico, documento que permite a avaliação do melhor e menor custo e da melhor proposta para a execução dos contratos.

Desse modo, observa-se que desde a entrada em vigor da Lei n. 12.462/11 emergiram muitas discussões acerca de sua coerência com o ordenamento jurídico pátrio, o que culminou no ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4655 e 4645, ambas pendentes de julgamento, até mesmo de seus pedidos liminares.

Analisadas as auditorias fiscalizatórias do TCU, extrai-se que houveram atrasos consideráveis na entrega de importantes obras Olímpicas, assim como o fato de que algumas planilhas da Autoridade Pública Olímpica não contém informações sobre o andamento de ações compreendidas na Matriz de Responsabilidades.

Por derradeiro, observou-se que, não obstante a Lei do RDC vedar a realização de termos aditivos nos contratos firmados (art. 9º, § 4º), foram constatadas alterações decorrentes de aditivos de acréscimo em grande monta, o que, por si só, já contraria o estipulado na Lei do RDC.

Acrescente-se, ainda, a falta de transparência, clareza e objetividade nas informações divulgadas. Tal falha pode contribuir para deficiências também nos controles gerenciais da gestão, especialmente no tocante às avaliações de resultados e às prestações de contas, sendo necessário ajustes nas informações sobre as despesas para os Jogos.

Por utilizar o RDC como regime licitatório, o desempenho dos contratos das obras olímpicas carecem, conclusivamente, de tratamento, organização e divulgação adequadas das despesas para a realização dos Jogos, o que deveria refletir um corolário não somente ao princípio da transparência, como também um atendimento aos requisitos necessários para o melhor gerenciamento do evento, necessários e essenciais para a elaboração das prestações de contas que o Poder Executivo deverá proceder após o encerramento dos contratos regidos pelo RDC para as Olimpíadas.

Verificou-se, por acréscimo, que a demora na entrega de obras Olímpicas fora reflexo de um atraso no cronograma, o que reflete a dificuldade de execução do contrato por parte dos licitantes contratados. Além disso, a queda do trecho da ciclovia na Avenida Niemeyer, levantou questionamentos na comunidade internacional sobre a qualidade das obras, o que implica na urgência de apreciação da constitucionalidade da Lei do RDC pelo STF, para que, concluindo pela retirada do diploma legal do RDC do mundo jurídico brasileiro, hajam contratações públicas seguras, embora regida por uma Lei mais exigente sob o ponto de vista burocrático, como conhecida a Lei Geral de Licitações, o que poderia ser solucionado com uma revisão na Lei n. 8.666/93 dentro dos parâmetros de constitucionalidade.

Constatados e pontuados os principais caracteres que demonstram os vícios formais e materiais do novo regime licitatório e sua comprovação no mundo prático pelos órgãos de controle, é de se aguardar a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Deve-se deixar evidente a importância e atualidade que contempla o assunto, mesmo na possibilidade de vir a Lei do RDC a ser declarada

inconstitucional pela Suprema Corte, vez que seus efeitos se estenderão, não somente pelas obras já edificadas, mas também pela ampliação de seu objeto, a exemplo da possibilidade de utilização do RDC para as obras do PAC, do ensino público e do SUS.

Portanto, deve-se trazer à evidência a importância de se observar a Constituição Federal, pressuposto de higidez das leis e atos normativos, sob pena de que interesses momentâneos, como a realização de eventos, se sobressaiam à força normativa da Constituição, pilar do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio (coords.). Licitações e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

_____. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Planalto. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/decretos/de5450_2005.html>. Acesso em 20 jul. 2016.

_____. Decreto n. 7.581 de 11 de outubro de 2011. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 18 de jun. 2016.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> . Acesso em 15 de jun. 2016.

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> . Acesso em 15 de jun. 2016.

_____. Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm> . Acesso em 15 de jun. 2016.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> . Acesso em 15 de jun. 2016.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 15 de jun. 2016.

_____. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12462.htm>. Acesso em: 14 de jun. 2016.

_____. Lei n. 12.348, de 15 de dezembro de 2010. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12348.htm. Acesso em: 14 de jun. 2016.

_____. Lei n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12350.htm. Acesso em: 14 de jun. 2016.

_____. Medida Provisória n. 527, de 18 de março de 2011. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm. Acesso em: 18 de jul. 2016.

_____. Projeto de Lei de Conversão n. 17, de 2011. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495378>. Acesso em 18 de jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797-ED/DF, rel. min. Menezes Direito, DJe-039 divulg 27-02-2013, public 28-02-2013, ementa vol 02678-01 PP-00001.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1167, de 2014 – Plenário. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_1167_15_14_P.doc>. Acesso em 04 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2438, de 2015 – Plenário. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_2438_39_15_P.doc>. Acesso em 04 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306, de 2013 – Plenário. Brasília: TCU, 2013. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../20130306/AC_0306_06_13_P.doc>. Acesso em 03 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 512, de 2009 – Plenário. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <www.tcu.gov.br/.../judoc%5CAcord%5C20090327%5C033-414-2008-8-MIN-AC.rtf>. Acesso em 03 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1085, de 2011 – Plenário. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2011-07-20;1885>>. Acesso em 03 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Informativo de Licitações e Contratos n. 111. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: <portal.tcu.gov.br/.../boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>. Acesso em 03 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas – 3. Ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Portaria n. 280, de 8 de dezembro de 2010. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/.../judoc%5CPORTN%5C20110706%5CPRT2010-280.doc>. Acesso em 03 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo n. 007.973/2015-2. Relatório de Levantamento de Auditoria. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: <portal3.tcu.gov.br/portal/page/.../007.973-2015-2%20OLIMPIADAS%20COMP.pdf>. Acesso em 04 de jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo n. 012.890/2013-8, de 2013 – Plenário. Brasília: TCU, 2013. Disponível em: <www.rededecontrole.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId>. Acesso em 04 de jul. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1991.

JUND, Sérgio. Auditoria: conceitos, normas, técnicas e procedimentos. Rio de Janeiro: Consulex, 2001.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. RDC: uma resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93,. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posical-favoravel/9492>>. Acesso em 20 de jun. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n. 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 11 ed. Atualizada por Eurico de Andrade e Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.655. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em 17 de jul. 2016.

Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas. Manual. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058946.PDF>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 4ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PSDB, DEM e PPS. Petição Inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em 17 de jul. 2016.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. "Direito Constitucional". São Paulo: JHMIZUNO Editora Distribuidora. 2014.

REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei n. 12.462/11. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em 21 de mai. 2016.

RIBEIRO, Romiro. O Calcanhar de Aquiles do Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13_rdc.pdf>. Acesso em 18 de mai. 2016.