

## VOTO

**O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator):** Senhor presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e estudantes aqui presentes, cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da Lei 12.462/2011 – norma que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas –, e das suas alterações subsequentes.

O presente julgamento, consoante esclarecido no relatório, concentra a análise de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4.655 e 4.645) que estão sob minha relatoria, ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e aquela pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, pelo Democratas – DEM e pelo Partido Popular Socialista – PPS.

A temática *sub examine* apresenta contornos relevantes, não apenas em razão de versar sobre o processo brasileiro de contratações públicas, mas também pelo relativo grau de novidade de algumas das disposições do Regime Diferenciado de Contratações Públicas quando da sua edição.

O que se extrai do conjunto de impugnações dos requerentes é a irresignação às inovações trazidas pela modelagem licitatória da Lei 12.462/2011. Da leitura dos autos, percebe-se que parcela dos questionamentos suscitados tem por parâmetro de controle primário não a Constituição da República de 1988, mas a Lei 8.666/1993, transparecendo implicitamente a ideia de que a Lei Geral de Licitações seria o único modelo de contratações públicas possível à luz do art. 37, XXI, da CRFB.

É natural observar certa resistência de parte dos operadores do Direito, quando de reformulações ou novidades nos institutos jurídicos clássicos. Todavia, como bem expõe o Ministro Roberto Barroso em trabalho acadêmico “ *[d]eve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo* ” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67).

Deve haver cuidado, por conseguinte, na interpretação da Constituição, sob pena de, a pretexto de se conferir significação à obrigação geral de o Poder Público licitar, contida no art. 37, XXI, da CRFB, ser feita uma leitura da Constituição à luz da Lei 8.666/1993 – e não o contrário.

Os argumentos expendidos nas ADIs não foram capazes de demonstrar a existência de inconstitucionalidade chapada na Lei 12.462/2011 e nas suas posteriores alterações, mormente porque não estão fundamentados em elementos empíricos que sustentem as alegadas violações aos princípios da eficiência, moralidade, isonomia, publicidade e competitividade da licitação.

Pelo contrário, existem razões de ordem jurídica, prática e econômica que depõem em favor do *design* adotado pela norma impugnada e que denotam a razoabilidade das escolhas regulatórias do legislador.

Há, atualmente, estudos que indicam ganhos de eficiência do modelo do RDC, comparativamente àquele da Lei 8.666/1993. Digno de nota, nesta senda, é o relatório elaborado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) sobre a adoção do RDC, com ênfase no regime de contratação integrada, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Naquele relatório, concluiu-se ser:

*“ inegável que o RDC trouxe impactos positivos aos procedimentos licitatórios, dentre os quais se destaca a substancial redução de prazos das licitações, advindos da inversão de fases. Ademais, tem servido de laboratório, no qual, estão sendo testados no ordenamento jurídico pátrio novos institutos jurídicos, que poderão ser norteadores de uma futura reforma da Lei nº 8.666/93 ”.*

Noutra pesquisa empírica, observou-se que *“ a contratação pelo RDC está sendo mais ágil do que pela Lei nº 8.666/93. De acordo com o DNIT os processos licitatórios pelo RDC presencial concluem-se, em média, em 118 dias corridos, informação próxima à média entrada no estudo (110 dias corridos), enquanto que por concorrência esses processos demoram em média 285 dias corridos ”* (COSTA, A. J. B.; ROSINHA, R. F. Infraestrutura de Transportes: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

como uma alternativa à Lei Geral de Licitações e Contratos. Disponível em: [http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/364\\_AC.pdf](http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/364_AC.pdf) ).

Sob outro prisma, a intervenção judicial nas escolhas dos demais Poderes demanda, para sua plena justificação, mais do que meras imputações retóricas. Cabe ao requerente, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, munir suas alegações de elementos probatórios, técnicos e jurídicos que infirmem a presunção de constitucionalidade dos atos exarados pelo Poder Legislativo, sob pena de o Poder Judiciário, a pretexto de tutelar a ordem constitucional, reduzir excessivamente os espaços de discricionariedade, inovação e experimentalismo próprios do legislador. Afinal, como bem observado por Stephen Breyer, *justice* da Suprema Corte norte-americana, “[a] *Constituição* *exibe uma preferência democrática por soluções elaboradas por aqueles que o povo elegeu* ” (BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work: a Judge’s view*. New York: Vintage Books, 2010, p. 121).

Em casos como o presente, confrontado com o exame da constitucionalidade de decisões tomadas pelo Congresso Nacional impactantes em políticas públicas e que, *primu ictu oculi*, não confrontam o texto constitucional, deve, atento às *consequências práticas de sua decisão* , resistir à tentação de aderir a visões teóricas destoantes da realidade da Administração Pública brasileira.

A tendência do Direito Administrativo contemporâneo, importa lembrar, consiste em rechaçar formulações dogmáticas incompatíveis com a realidade ou com as novas demandas da sociedade pós-moderna. Sob o viés do pragmatismo, o Direito Administrativo passa a ser entendido como um plexo de *ferramentas* , um instrumentário vocacionado a oferecer soluções – e não perpetuar problemas – através da “ *rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento. Trata-se, afinal, de negar que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua, imutável* ” (POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 25)

Nessa linha, este Tribunal não pode desprezar as considerações práticas inerentes às contratações públicas e ao desenvolvimento da infraestrutura nacional, impondo ideais ineficientes, perfeccionistas e incompatíveis com as limitações orçamentárias, administrativas e técnicas próprias da atuação do Poder Público. É esta, aliás, a orientação hoje contida no art. 20, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, após as alterações da Lei nº 13.655/2018, que positiva essa vertente pragmático-consequencialista da função judicante ao determinar que “ *nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão* ”.

Trata-se, em suma, de prezar, por meio dessa perspectiva *deferente e autocontida*, pela vocação democrática e maior capacidade institucional do Legislador para a realização de escolhas regulatórias macroscópicas.

Antes de passar ao exame pormenorizado da constitucionalidade de cada uma das matérias impugnadas, impõe assentar que uma nova modelagem para licitações e contratações não será, por si só, capaz de erradicar as mazelas relativas à promiscuidade entre interesses públicos e privados nas contratações públicas brasileiras. Não há legislação que dê conta de eliminar cabalmente esse mal que possui, além de raízes jurídicas, contornos culturais e sociais em que o Direito não é capaz de penetrar.

As professoras Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, duas das principais estudiosas do tema da corrupção no mundo, afirmam que ela ocorre na interseção entre incentivos específicos para cada situação, instituições de toda a sociedade e ética pessoal (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016, p. 27).

corrupção é, deveras, um problema perverso ( *wicked problem* ), cuja solução não pode ser alcançada mediante respostas unívocas da sociedade e pressupõe ações de prevenção e repressão múltiplas e coordenadas entre si (SABET, Amr. *Wickedness, Governance and Collective Sanctions: Can Corruption be Tamed?* In: *Ethical Governance: a citizen perspective*. Vaasa, Finlândia: Vaasa University Press, 2010).

Isso tudo leva à conclusão de que nem o fato de a Lei 8.666/1993 ter sido insuficiente para suprir as demandas moralizantes da sociedade brasileira, nem o fato de que o Regime de Diferenciado de Contratações públicas não ser imune à prática de ilegalidades culminam, automaticamente, na inconstitucionalidade de um ou outro modelo.

Nada obstante, os incentivos criados pela legislação que rege as licitações e contratos não podem ser desconsiderados. É que, por um lado, a falta de racionalização do procedimento licitatório gera um descompromisso com a eficiência e, por outro, as incertezas do sistema sancionador brasileiro estimulam práticas desonestas capazes de ofender os mais diversos direitos fundamentais. Sobre o tópico, Valter Shuenquener de Araújo aponta que:

*O excesso de incertezas no sistema punitivo brasileiro é capaz de arruinar os mais diversos direitos fundamentais do cidadão. Propriedade, liberdade, segurança, dignidade e igualdade são exemplos de direitos fundamentais que podem ficar comprometidos em um Estado Democrático de Direito incapaz de adotar um mínimo de racionalidade no seu sistema sancionador.* (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando, MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Páginas 435-448. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 437.)

Os incentivos da Lei do RDC fazem, assim, parte desse importante e significativo somatório de esforços em prol de uma Administração Pública mais proba e eficiente. E, quanto ao tópico, a Lei do RDC aponta para um caminho muito mais promissor do que aquele de curvas sinuosas e de atalhos indesejados da Lei 8.666.

**I. Preliminares : admissibilidade das ações diretas de inconstitucionalidade**

*Ab initio*, reconheço a legitimidade ampla de todos os requerentes, à luz do art. 103, VI e VIII, da Constituição, sendo desnecessária, à luz da jurisprudência desta Corte, a demonstração de pertinência temática (cf. ADI 1.407-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 7/3/1996, DJ de 24/11/2000).

Consigna-se, igualmente, a existência de procuração com poderes especiais para o ajuizamento das ações.

Preliminarmente, a Advocacia-Geral da União, no bojo da ADI 4.655, sustentou a inviabilidade dos pedidos de aditamento à inicial e a parcial prejudicialidade daquela ação (doc. 42).

Indicou, para tal, a existência de vício formal, na medida em que o requerente deixou de apresentar cópia dos atos normativos questionados nos pedidos de aditamento.

Argumentou, também, que a natureza substancial das modificações normativas levadas a cabo pelas Leis 12.688/2012, 12.722/2012, 12.745/2012, 12.980/2014, 13.190/2015 e 13.243/2016 implicariam a parcial perda de objeto da ADI.

Arguiu, por fim, a prejudicialidade da ação quanto aos incisos I a III do artigo 1º da Lei 12.462/2011, os quais teriam a sua eficácia já exaurida após a realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Confira-se a redação dos mencionados dispositivos, *ad litteram*:

*“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:*

*I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e*

*II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no*

*Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;*

*III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II”.*

Quanto à alegada imprescindibilidade da juntada das cópias dos atos impugnados, a arguição não merece prosperar. A presente demanda perpassa o exame da constitucionalidade de legislação federal de amplo conhecimento e repercussão no cotidiano da Administração Pública brasileira, cuja ausência de juntada representa mera irregularidade incapaz de macular o conhecimento dos aditamentos, mercê da instrumentalidade, do aproveitamento dos atos processuais e da primazia do mérito preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015).

Tampouco é correto afirmar que as modificações incorridas na Lei do RDC posteriormente ao ajuizamento das presentes ADIs teriam natureza substancial a tornar prejudicadas as ações ou impossibilitar o aditamento à inicial.

A jurisprudência dessa Suprema Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém alteração substancial da norma questionada. Precedentes: ADI 1.454/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 3/8/2007; ADI 1.445-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 29/4/2005; ADI 4389-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 5/11/2018).

Na presente hipótese, contudo, as mudanças normativas subsequentes ao ajuizamento das ADIs não promoveram reformas significativas no regime de contratações públicas *sub examine*.

Confira-se, em síntese, as alterações provocadas por cada uma das leis subsequentes:

(i) A Lei 12.688/2012 acresceu às hipóteses de incidência da Lei 12.462/2011 as licitações e contratos necessários à realização das ações integrantes

do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (art. 1º, IV) e alterou o art. 43 para adequá-lo à nova redação do art. 1º;

(ii) A Lei 12.722/2012 adicionou o §3º ao art. 1º do diploma impugnado, dispondo que “ *[a]lém das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino*”;

(iii) A Lei 12.745/2012 acrescentou o inciso V ao art. 1º da Lei do RDC, incluindo no âmbito de incidência da norma as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS;

(iv) A Lei 12.980/2014 modificou os arts. 1º, 4º e 9º da Lei do RDC, para, em síntese, estender sua aplicação às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; incluir dentre as diretrizes da Lei a observância de “ *condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10* ”; e pormenorizar as condições em que seria viável o manejo da contratação integrada;

(v) A Lei 13.173/2015 alterou o art. 4º para dispor que é diretriz das licitações e contratos regidos pelo RDC a “ *ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei* ”;

(vi) A Lei 13.190/2015 incluiu quatro incisos dentre as hipóteses de aplicação do RDC; acresceu o §5º do art. 9º para afirmar que “ *se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante* ”; incluiu o art. 44-A, que admite o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da execução da Lei do RDC ou a ela relacionados; e introduziu o art. 47-A, que trata dos chamados contratos *built-to-suit*, em que a administração pública firma contratos de locação de bens móveis e imóveis nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração; e



(vii) A Lei 13.243/2016 incluiu no rol do art. 1º da Lei 12.462/2011 as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

O que se percebe da análise das leis acima arroladas é que o seu propósito fundamental foi aumentar o elenco de obras e serviços para os quais seria admitido o uso do RDC. Inexiste repercussão sensível sobre os pontos nodais das presentes ações, na medida em que não se verifica qualquer remodelação relevante no regramento da contratação integrada, na incidência do chamado orçamento sigiloso, no iter procedimental da licitação, na remuneração variável do contratado, na pré-qualificação, no licenciamento ambiental etc.

Por esse motivo, tampouco está prejudicado o conhecimento da ADI 4.645, ainda que seus autores não tenham procedido à emenda à inicial quando instados a fazê-lo.

No entanto, merece acolhida o questionamento da AGU atinente à prejudicialidade parcial da ADI no que se refere aos incisos I a III do art. 1º da Lei objurgada.

Verdadeiramente, esta Corte consolidou entendimento segundo o qual a revogação superveniente do ato normativo impugnado ou o esgotamento de sua eficácia impede o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade.

Essa linha foi mantida no julgamento da ADI 4.058 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgada em 19/12/2018), em que o Tribunal não conheceu as impugnações ao art. 42, §§3º a 6º da Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões), que determinava o prazo máximo de validade das concessões de serviços públicos anteriores àquela norma, justamente em razão do ulterior esgotamento dos seus efeitos. Eis a respectiva ementa:

*Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. ART. 42 DA LEI 8.987/1995, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.445/2007. NORMA COM EFICÁCIA EXAURIDA. CONHECIMENTO PARCIAL. NOVA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO APÓS*

VENCIMENTO DO PRAZO DO CONTRATO. NECESSIDADE DE NOVA LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

1. ADI não conhecida com relação aos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 42 da Lei 8.987/1995, pois decorrido o prazo máximo de validade em 31 de dezembro de 2010. Precedente: ADI 1.979, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 23/6/1999.

2. Interpretação conforme à Constituição conferida ao § 1º do art. 42 da Lei 8.987/1995, no sentido de ser imprescindível a realização de licitação prévia à nova delegação a terceiros.

3. Ação conhecida parcialmente e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.

Idênticas foram as conclusões desta Casa nos precedentes que colaciono a seguir:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 28 da Resolução nº 49, de 27/12/05, da Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Exaurimento da eficácia. Prejudicialidade. Artigo 3º, inciso I, parte final, da Lei Complementar nº 54, de 31/12/01, do Estado de Roraima, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 138, de 26/6/08. Violação do art. 40 da Constituição Federal. Norma de absorção obrigatória pela legislação infraconstitucional. Modulação dos efeitos. Procedência parcial. 1. Com a edição da Resolução nº 3/2015 da Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, ocorreu o esvaziamento da eficácia do parágrafo único do art. 28 da Resolução nº 49/2005 do mesmo órgão. Nesses casos, tem decidido o Supremo Tribunal Federal pela extinção anômala do processo de controle normativo abstrato, motivada pela perda superveniente de seu objeto, que tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato impugnado como do exaurimento de sua eficácia. Precedentes: ADI nº 2859/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 21/10/16; ADI nº 4365/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 8/5/15; ADI nº 1.979/SC-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 29/9/06; ADI nº 885/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 31/8/01. 2. O art. 3º, inciso I, parte final, da Lei Complementar nº 54, de 31/12/01, do Estado de Roraima, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 138, de 26/6/08, promove ampliação do rol previsto no art. 40 da Constituição Federal ao determinar que estão incluídos no regime próprio de previdência também os “servidores declarados estáveis, nos termos da Constituição estadual”, expressão que acaba por abranger servidores estabilizados, embora não efetivos, de que trata o art. 19 do ADCT. Portanto, o preceito em tela viola o art. 40 da Constituição Federal, norma de absorção obrigatória pela legislação infraconstitucional,

consoante jurisprudência da Suprema Corte. Precedentes: ADI nº 101/MG, Relator o Min. Celio Borja, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 7/5/93; ADI nº 178/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 26/4/96; ADI nº 369/AC, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 12/3/99. 3. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para que sejam ressalvados da decisão aqueles que, até a data de publicação da ata do julgamento, já estejam aposentados ou tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria sob o regime próprio de previdência do Estado de Roraima, exclusivamente para efeito de aposentadoria. 4. Ação julgada parcialmente procedente. (ADI 5111, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/9/2018, DJe 3/12/2018, grifei)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 31.1.2017. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS. VIGÊNCIA TEMPORÁRIA. EXAURIMENTO DE SUA EFICÁCIA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. 1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o exaurimento da eficácia de lei temporária enseja a extinção do processo de controle normativo abstrato, face à perda superveniente de seu objeto. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Sem honorários, por se tratar de recurso oriundo de ação direta de inconstitucionalidade. (ARE 922536-AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, DJe 6/2/2018)

*In casu*, passados os eventos internacionais de grande porte a que se dedicavam o art. 1º, incisos I, II e III; o art. 43; e os arts. 65 a 67, com o consequente exaurimento da sua eficácia, impõe-se reconhecer a parcial perda de objeto das ADIs. Essa, inclusive, foi a posição da própria Procuradoria-Geral da República em um de seus aditamentos à inicial na ADI 4.655 (doc. 28), quando assinalou que “ após o término das obras e da realização das competições mundiais previstas no diploma, teria ocorrido o exaurimento da sua eficácia, não fossem alterações nele promovidas por leis posteriores, que ampliaram as hipóteses de aplicação do regime diferenciado ”.

Com essas considerações, **conheço parcialmente** das ações diretas de inconstitucionalidade e passo ao exame de mérito.

## **II. Mérito.**

### **II.1. Constitucionalidade formal da Lei 12.485/2011 e das suas posteriores alterações.**

Em preliminar de mérito, tanto a Procuradoria-Geral da República quanto os partidos políticos requerentes postulam o reconhecimento da inconstitucionalidade formal da Lei do RDC.

Na ADI 4.655, a Procuradoria-Geral da República ressalta que “ *[a] inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos poderes* ”.

Similarmente, na ADI 4.645, os partidos requerentes afirmam que “ *a tramitação da Medida Provisória n. 527 e do respectivo Projeto de Lei de Conversão no Congresso Nacional não observou o devido processo legislativo constitucional, tendo em vista a admissão de emendas absolutamente impertinentes ao texto da Medida Provisória n. 527/2011* ”. Consideram, adicionalmente, que o texto original da Medida Provisória cuja conversão deu lugar à Lei 12.485/2011 carecia dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

Passo à apreciação de cada uma das objeções mencionadas.

**a) Pertinência temática das emendas parlamentares ao texto das medidas provisórias e a incidência do entendimento firmado pelo STF na ADI 5.127.**

Em contraponto às impugnações apresentadas pela Procuradoria-Geral da República em sua inicial, o Senado Federal defende, nas informações apresentadas, a existência de pertinência temática entre o objeto inicialmente veiculado pela medida provisória e as emendas parlamentares que culminaram na atual configuração no RDC.

Frisa que questão a foi diretamente enfrentada pelo relator do projeto, que discorreu sobre o tema em seu relatório apresentado no Plenário, *in verbis* :

*“ (...) a Relatoria enxerga na medida provisória, sobre a qual se refere o presente parecer, grande relação de pertinência com o tema. É que não se vislumbram efeitos práticos na alteração institucional sugerida para o setor de aviação civil sem que simultaneamente se atribuam aos titulares de seus postos as condições indispensáveis à solução e caráter emergencial do problema mais notório da área, a precária estrutura que hoje caracteriza a totalidade dos aeroportos brasileiros. Entre esta data e a realização de eventos esportivos de repercussão mundial, que trarão ao País uma quantidade inédita de visitantes, torna-se necessária a realização de obras de grande vulto, cuja efetivação poderá se tornar inviável sob a égide das regras hoje voltadas a disciplinar licitações e contratos administrativos realizadas e celebrados pelo poder público. Um mínimo de bom senso leva à constatação de que as licitações cada vez mais urgentes e necessárias à efetivação da Copa das Confederações, da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 só serão bem-sucedidas se levadas a efeito sob normas jurídicas capazes de multiplicar a eficiência da atuação estatal ” (Doc. 13, fls. 10-11).*

Argumenta que:

*“ [p]or pertinência entende-se a qualidade lógica que liga duas ou mais matérias. E por conexão entende-se a semelhança de objeto ou de causa ou fundamento, que, neste caso, também pode ser compreendida como um liame teleológico entre as diversas matérias tratadas no texto legal. Ora, se a medida provisória visava a reestruturar o sistema aéreo nacional para assegurar condições mínimas de realização das Copas do Mundo e das Confederações e dos Jogos Olímpicos, e se essa reestruturação compreendia não apenas a criação da Secretaria de Aviação Civil e a adoção de outras medidas de ordem administrativa, mas igualmente a realização de inúmeras obras e serviços, é inegável que o regime diferenciado de contratações constitui matéria conexa à inicialmente tratada na medida provisória, porque compreende um procedimento licitatório específico destinado a viabilizar obras, compras e serviços indispensáveis aos eventos esportivos já mencionados ”.*

Quanto ao tema objeto da controvérsia, é necessário rememorar que a jurisprudência desta Corte se consolidou, no sentido de que viola o devido processo legislativo a emenda parlamentar, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando sobre matéria distinta do seu objeto originário. A esse respeito, cito, e.g. , a ADI 5012, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 16/3/2017, DJe 1º/2/2018, e a ADI 4697, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 6/10/2016, DJe 30/3/2017.

A posição deste Tribunal a acerca da incompatibilidade da praxe legislativa dos *contrabandos legislativos* com a Constituição Federal, além de paradigmática por inaugurar um relevante *diálogo constitucional* com o Poder Legislativo, transmite a importante mensagem de que o *due process of lawmaking* representa faceta inegociável do Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, na ADI 5.127, *leading case* sobre o tema, o Plenário desta Corte ponderou que a tutela ao princípio da segurança jurídica exigiria a manutenção das leis com essas características já aprovadas no Congresso Nacional, sob pena de serem afetadas, inadvertidamente, um sem-número de normas e relações jurídicas. Confira-se, *in verbis* :

*Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação . 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (*

ADI 5127, Relatora Min. ROSA WEBER, Redator p/ acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, DJe 11/5/2016, grifei)

Ao enfrentar os embargos de declaração opostos nos autos da mencionada ação direta, esta Corte reiterou o conteúdo e os efeitos daquela decisão de mérito, consignando que o julgamento da ADI 5.127 “ *não significa o reconhecimento da inconstitucionalidade de toda e qualquer lei de conversão promulgada sob tais condições até a data daquele julgamento* ” (ADI 5127-ED, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 1º/7/2016, DJe 23/9/2016). Transcrevo, sobre o tema, trecho pertinente do voto do Relator dos embargos de declaração, Min. Edson Fachin, que muito bem ilustra a problemática:

*“ Em síntese, decidiu-se, à luz dos fundamentos externados, que a lei impugnada não se encontra maculada de inconstitucionalidade formal. Em um exercício de verdadeiro diálogo entre os Poderes constituídos, decidiu-se por bem cientificar o Poder Legislativo de que esta Corte, naquela oportunidade, firmou o entendimento, ex nunc, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional ”* (grifei) .

Impõe-se a aplicação do entendimento *supra* à análise da constitucionalidade formal da Lei 12.462/2011, porquanto a presente situação se amolda perfeitamente às ponderações tecidas na ADI 5.127.

Embora o diploma normativo objeto de controle tenha sido fruto da conversão da Medida Provisória 527/2011 (que não dispunha originalmente sobre licitações e contratos públicos, mas sobre temas afetos à a organização da Presidência da República e dos Ministérios e sobre a aviação civil), eventual *contrabando legislativo* realizado pelo Congresso Nacional naquela ocasião não teria o condão de atrair a invalidade da norma, em atenção ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Deve ser reconhecida nesse aspecto, portanto, a constitucionalidade formal da redação original da Lei 12.462/2011.

Ressalte-se, por oportuno, que, após o término do julgamento da ADI 5.127, em 15 de outubro de 2015, a Lei 12.462/2011 foi alterada em três ocasiões: (i) por meio da Lei 13.173, de 21 de outubro de 2015; (ii) por meio da Lei 13.190, de 19 de novembro de 2015; e (iii) por meio da Lei 13.243, de 11 de janeiro de 2016.

As duas primeiras modificações também decorreram de conversão de medidas provisórias – respectivamente, as de nº 679/2015 e nº 678/2015.

O Projeto de Lei de Conversão 17/2015, proveniente da MP 678/2015, foi objeto Mandado de Segurança 33889, que buscava discutir eventual vício formal na sua tramitação.

O Min. Roberto Barroso, Relator, considerou inicialmente presentes os requisitos autorizadores da concessão de liminar “ *para suspender o trâmite do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, exceto naquilo que corresponde ao acréscimo dos incisos VI e VII ao art.1º da Lei nº 12.462/2012* ”. Posteriormente, contudo, o writ foi considerado prejudicado e extinto sem julgamento de mérito, tendo em vista a conversão do texto da medida provisória em lei.

Mesmo assim, no que interessa à presente controvérsia, a constitucionalidade formal da Lei 13.190/2015 não desperta maiores dúvidas, já que, desde o seu nascedouro, a MP 678/2015 visava a alterar o teor da Lei do RDC. As emendas parlamentares ao respectivo Projeto de Lei de Conversão especificamente voltadas a modificar a Lei 12.462/2011 guardam inequívoca pertinência temática com o objeto originário da medida provisória.

Observe, aliás, que, ao examinar o Projeto de Lei de Conversão, a Presidente da República vetou os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do PLV 17, de 2015, justamente sob o fundamento de que “*[o]s dispositivos são resultado de emendas inseridas no projeto de lei de conversão sem relação de pertinência temática com a medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional. Assim, são incompatíveis com a Constituição, nos termos de decisão proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.127/DF)*.” (Mensagem 497, de 19 de novembro de 2015).



O processo de conversão da MP 679/2015, do qual surgiu a Lei 13.190, de 19 de novembro de 2015, por outro lado, apresenta delineamentos mais controvertidos. Esta última medida provisória mencionada tinha como finalidade dispor sobre a “ *autorização para a realização de obras e serviços necessários ao fornecimento de energia elétrica temporária para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, de que trata a Lei no 12.035, de 1º de outubro de 2009, e altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, a Lei nº 12.035, de 2009, que institui o Ato Olímpico, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre cooperação federativa no âmbito da segurança pública* ”.

Durante a sua tramitação, foi aprovada emenda parlamentar que inseriu novo inciso no art. 4º da Lei do RDC, com a seguinte redação:

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

*VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei”.*

Os motivos indicados pela Comissão Mista sobre a Medida Provisória 679/2015, para o acolhimento da emenda foram os que transcrevo abaixo:

*“ Emenda nº 64, do Deputado Sérgio Vidigal, que propõe ‘ampla publicidade por via eletrônica de todas as fases e procedimentos dos processos de licitação e contratação’ no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – que inclui muitas dos Jogos Rio 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO) –, o que julgamos ser de extrema importância para que se impeça que, no futuro, surjam denúncias de superfaturamento, como já ocorrem com relação às obras da Copa do Mundo FIFA 2014, algumas já alvo de investigações da Polícia Federal. Por isso, acatamos a mesma com pequena alteração na redação para deixá-la mais clara” ( Parecer 55/2015) .*

Resta saber, em vista disso, se o entendimento firmado na ADI 5.127 deve ser aplicado, também, à verificação da constitucionalidade formal desta última norma.

Em defesa da constitucionalidade formal das leis que modificaram o RDC, o Senado Federal afirmou, em suas informações, que “ *[o] julgamento objeto da decisão da ADI 5.127, com efeitos ‘ex nunc’, ocorreu em 15 de outubro de 2015, porém, a expedição da comunicação da decisão ao Congresso Nacional apenas ocorreu em 04 de novembro de 2015, sendo que o acórdão tão-somente foi publicado no DJE do dia 11 de maio de 2016, conforme se verifica do andamento processual constante do site do STF* ” (ADI 4.655, doc. 40).

Defendeu, demais disso, a preservação da higidez constitucional das normas fruto de emendas parlamentares já aprovadas na Comissão Mista do Congresso Nacional quando do julgamento da ADI 5.127, em 15 de outubro de 2015.

*In casu* , constata-se que a Lei 13.173 foi publicada no Diário Oficial da União na data de 22 de outubro de 2015. O respectivo do Projeto de Lei de Conversão 13/15 foi aprovado pelo Poder Legislativo em 29 de setembro de 2015, com o consequente encaminhamento à sanção presidencial em 1º de outubro de 2015 (Mensagem CN 76/15), data anterior ao julgamento da ADI 5.127 por este Plenário .

Ademais, tal como indicado pelo Senado Federal em suas informações, extrai-se do acompanhamento processual da ADI 5.127 que os ofícios de comunicação daquela decisão à Presidência da República e ao Congresso Nacional foram expedidos em 4 de novembro de 2015.

No momento do julgamento da ADI 5.127 pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, encontravam-se finalizadas as etapas de discussão e votação no processo legislativo perante o Congresso Nacional.

Por esses motivos, igualmente quanto à Lei 13.173/2015 inexistente o alegado vício de inconstitucionalidade formal.

Com isso, não se está a relativizar ou restringir o escopo do quanto decidido na ADI 5.127. As conclusões daquele acórdão projetaram-se *pro futuro* exatamente, em razão das consequências sistêmicas negativas que eventual declaração de inconstitucionalidade poderia ocasionar naquele momento, de um lado, e do próprio entranhamento da prática dos

*contrabandos* no cotidiano legislativo, de outro. Inviável, portanto, fazê-las incidir sobre norma cuja tramitação no Congresso Nacional já estava finalizada à época do julgamento.

Restaram preservadas, por conseguinte, “ até a data daquele julgamento, todas as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, **já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional** ” (ADI 5135, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 9/11/2016, DJe 7/2/2018).

À luz dessas considerações, ficam rejeitadas as alegações de inconstitucionalidade formal referente à inserção, nas medidas provisórias, de emendas parlamentares de temática distinta do seu objeto original.

#### **b) Requisitos de relevância e urgência da Medida Provisória 527/2011.**

Ainda no tocante ao processo legislativo que culminou na edição da Lei do RDC, os requerentes da ADI 4.645 discorreram sobre a suposta carência dos requisitos de relevância e urgência da MP 527/2011.

Para os partidos políticos requerentes:

*“ [a] Medida Provisória n. 527, de 2011, deixa evidente que o Executivo legisla ordinariamente por meio de medidas provisórias em flagrante desrespeito à Constituição Federal. (...) Com efeito, originalmente, a medida provisória em exame tratava apenas da reorganização da Presidência da República e Ministério, tema ordinário que não autoriza o emprego de medidas provisórias. Afinal, nada mais comum e ordinário do que a reestruturação de órgãos e reorganização da Administração Pública ”.*

Segundo remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a sindicabilidade dos requisitos constitucionais de relevância e urgência exigidos pelo art. 62, *caput*, da CRFB é *excepcional* e pressupõe a flagrante abusividade do poder normativo conferido ao Executivo. Nessa linha, são trazidos à baila os seguintes julgados:

*Ementa: Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Medidas Provisórias Nº 577/2012 e Nº 579/2012, convertidas nas Leis Nº 12.767/2012 e Nº 12.783/2013, respectivamente. Prestação do serviço público de energia elétrica. Juízo excepcionalíssimo dos requisitos. Violação ao art. 62, caput, da Constituição Federal não verificada. 1. As Medidas Provisórias nº 577/2012 e nº 579/2012, convertidas nas Leis nº 12.767/2012 e nº 12.783/2013, respectivamente, que reduzem o custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro e viabilizam a adequada prestação do serviço público de energia elétrica em caso de extinção por falência ou caducidade da concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica, não violam os pressupostos previstos no art. 62, caput, da Constituição Federal, visto que foram observados, pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Congresso Nacional, os requisitos da urgência e relevância, como demonstrado nas exposições de motivos de ambas as medidas provisórias, e não há nenhum indício de excesso ou abuso por parte do Chefe do Executivo que enseje e justifique a censura judicial. 2. A conversão em lei de medida provisória impugnada, mesmo se introduzidas alterações substanciais, não necessariamente acarretará em perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade, cabendo a esta Corte prosseguir no julgamento da respectiva ação, quando forem questionados os pressupostos constitucionais – urgência e relevância – para a edição daquele ato normativo. Nesse sentido: AgR na ADI 5.599, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática proferida em 01.08.2017, DJe 03.08.2017. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos constitucionais de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja manifesta e evidente. Precedentes: RE 526.353, Rel. Min. Roberto Barroso; RE 700.160, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 2.527, Rel. Min. Ellen Gracie. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5018, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/6/2018, DJe 11/9/2018, grifei)*

*Ementa: CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de*

relevância e de urgência . 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido. (RE 592377-RG, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Redator p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 4/2/2015, DJe 20/3/2015, grifei)

*In casu* , nada justifica a acolhida da pretensão dos requerentes da ADI 4.645.

A MP 527/2011, em sua redação originária, voltou-se essencialmente para a reorganização e otimização do setor de aviação civil: criou a Secretaria de Aviação Civil, alterou a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, criou cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispôs sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários e criou cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

A respectiva exposição de motivos justificou a relevância e urgência das reformas, em síntese, na “ *crescente demanda que decorre da expansão do mercado de aviação civil, avultada pela proximidade dos eventos esportivos de grande envergadura que serão sediados pelo País nos próximos anos* ” (EM Interministerial 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR).

Assim, diferentemente do que afirmam os partidos políticos requerentes, havia plausibilidade nas razões indicadas para a edição da medida provisória. As notórias dificuldades e insuficiências do setor de aviação civil nacional poderiam, de fato, ser agudizadas pela realização dos grandes eventos internacionais promovidos no país.

Basta lembrar os efeitos nefastos do chamado *apagão aéreo* ocorrido na metade da primeira década dos anos 2000 para que se possa dimensionar os impactos da regulação ineficiente do setor e justificar a realização de reformas imediatas anteriormente à realização da XXVIII

Jornada Mundial da Juventude, de 2013, da Copa das Confederações FIFA, de 2013, da Copa do Mundo FIFA, de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

O controle jurisdicional da interpretação conferida pelo Poder Executivo aos conceitos jurídicos indeterminados de *urgência* e *relevância* deve ser restrito às hipóteses de zona de certeza negativa da sua incidência, o que não se verifica no caso concreto. Ausentes evidências sólidas de abuso do Poder Executivo na edição da medida provisória, é corolário da separação de Poderes a adoção de postura autocontida do Poder Judiciário, de maneira a prestigiar as escolhas discricionárias executivas e legislativas.

*Ex positis*, voto, também neste ponto, pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade formal imputada à Lei 12.462/2011 e passo à análise da norma impugnada sob o prisma da constitucionalidade material.

## **II.2. Constitucionalidade Material do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.**

A complexidade e multiplicidade das objeções apresentadas pelos requerentes, somada à relevância da matéria ora apreciada, recomendam que, antes de dar início à análise da constitucionalidade material da Lei 12.462/2011, sejam brevemente explicitados os referenciais teóricos sobre os quais o presente voto se sustenta.

Para tal, serão inicialmente apresentados breves apontamentos sobre as licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro e, em seguida, apontamentos sobre a racionalidade econômica sobre a qual se fundamenta o Regime Diferenciado das Contratações Públicas. Após, à luz dessas considerações, serão examinados cada um dos aspectos materiais da norma que foram alvo de impugnação específica.

### **II.2.1. Breves apontamentos sobre as licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro.**

O advento do RDC foi seguido de acaloradas disputas teóricas quanto à sua constitucionalidade. Em especial, alguns pontos de divergência entre as

normas do RDC e o modelo até então hegemônico nos estudos do Direito Administrativo nacional (a Lei Geral de Licitações de 1993) – como a remuneração variável do particular, a flexibilização da publicidade do orçamento estimado e a contratação integrada – foram submetidos a criterioso escrutínio da literatura especializada.

Aliás, o tema das licitações públicas, por si só, desperta preocupações e debates no seio da Administração Pública brasileira. O volume significativo de contratações realizadas pelo Poder Público nacional, de um lado, e a alta suscetibilidade da sua utilização para fins escusos (como a corrupção e a cartelização), de outro, justificam o destaque da matéria na doutrina.

Estudos indicam que o mercado de compras públicas teve o peso de, em média, 13,8% do PIB brasileiro no período de 2006 a 2012 (RIBEIRO, Cássio Garcia e INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro, in Caderno Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014, p. 283). Assim, como salienta Victor Aguiar de Carvalho:

*“É difícil pensar em outra atividade governamental que ofereça mais riscos ou incentivos à corrupção do que as contratações públicas. Não bastasse o enorme volume financeiro em jogo, os objetivos das partes envolvidas no procedimento são diversos. O escopo da Administração na seara licitatória é o de promover a competição entre os interessados, de modo a adquirir ou contratar as obras, bens ou serviços por ela demandados sob as condições mais vantajosas possíveis. Já o interesse imediato do agente privado é outro: conquistar o contrato nos termos menos onerosos para si. É justamente nesse conflito de interesses entre Administração e particulares que surgem os incentivos à corrupção. O agente público pode identificar espaços para auxiliar algum dos proponentes em troca de benefícios pessoais.”* (CARVALHO, Victor Aguiar de. Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos. Revista Eletrônica da PGE-RJ, v. 1, p. 1-22, 2018, p. 5)

A licitação pública, logicamente, não representa um fim em si mesmo, mas um *meio* através do qual são tutelados os princípios essenciais à Administração Pública insculpidos no art. 37, *caput*, da CRFB. Nas clássicas lições do Ministro Eros Grau, o processo licitatório:

*“visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Seu fundamento, bem assim o dos concursos públicos, encontra-se no princípio republicano. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avençar, mas também aos cargos e funções públicas. Daí porque a escolha do licitante com o qual a Administração há de contratar deve ser, na República, a melhor escolha ou a escolha do melhor contratante. Isso significa que ainda que a Constituição nada dispusesse a respeito da exigência de prévia licitação para que a Administração possa contratar, ainda assim algum processo seletivo, informado pelo princípio da isonomia, impor-se-ia em razão do princípio republicano.”* (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105-106).

Não se deve perder de vista que as contratações públicas e parcerias com a iniciativa privada são formas de concretização dos objetivos constitucionais da atuação estatal. Sua finalidade última, direta ou indiretamente, é a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, por meio da aquisição de bens e serviços, do desenvolvimento de infraestrutura e da prestação de serviços públicos.

O imperativo da vantajosidade que deve se fazer presente nos contratos públicos nada mais é do que consectário lógico desse cenário: sendo os recursos públicos eminentemente escassos, a Administração Pública deve almejar a obtenção dos melhores resultados possíveis com o menor dispêndio de verbas (custo-benefício).

Exatamente por isso, o dever de licitar é apresentado por alguns autores como uma espécie de “mal necessário” que pretende minorar potenciais desvios, mas que pode, ele mesmo, resvalar em ineficiências econômicas e incentivos perversos (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos Administrativos *in* Direito dos Contratos II. PEREIRA JÚNIO, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 204).

Marcos Nóbrega, nessa linha, destaca a existência de custos intrínsecos ao processo licitatório, como gastos com viagens, certidões, amostras treinamentos e pessoal, que “ *serão absorvidos de alguma forma e, na maior parte das vezes, serão repassados para as propostas* ” (NÓBREGA, Marcos.



Análise econômica do direito administrativo. -- In: TIMM, Luciano Benetti (org.) Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 405).

O desafio imposto ao Legislador, na criação da norma regente, e ao administrador público, na sua aplicação ao caso concreto, é equalizar os incentivos jurídico-econômicos gerados pelas licitações públicas, minorando seus potenciais perversos, sem sacrificar excessivamente a eficiência e dinamismo que as contratações demandam.

Destarte, em que pese ter positivado a regra da licitação, o texto constitucional não delineou de forma exaustiva o que constituiria um processo licitatório ideal. E sequer poderia fazê-lo, considerando a diversidade de contratações das quais a Administração Pública lança mão diuturnamente, cujos contornos variam conforme as alterações nas conjunturas econômicas, políticas, sociais e tecnológicas.

O Poder Público contrata desde os bens e serviços mais usuais e padronizados ( e.g ., papéis, lápis, cadeiras, mesas) até aqueles mais específicos, complexos ou inovadores, a exemplo das obras de engenharia civil que foram necessárias à realização dos grandes eventos desportivos sediados no país. Em cada um desses contextos, serão diversos os incentivos comportamentais gerados na Administração Pública e no mercado.

Equivoca-se, portanto, o intérprete que atribui sentido unívoco e estanque ao vocábulo “licitação”. Não há, há tempos, exclusividade da Lei 8.666/1993 na regência dos processos licitatórios, sendo de destaque que o referido diploma vem perdendo espaço para outras normas gerais e setoriais, como a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), o próprio RDC, a Lei 8.987 /1995 (Lei de Concessões), a Lei 11.079/2004 e a Lei 13.303/2016 (Estatuto jurídico das Empresas Estatais).

Sobre o tema, são oportunas as observações de André Rosilho, *in verbis* :

*“ Como deve ser o modelo legal das licitações públicas? De que forma as regras jurídicas podem contribuir para a construção de um bom sistema de contratações públicas? A estas perguntas, os*

*maximalistas responderiam afirmando (...) de que a lei deveria ser minuciosa, detalhista e abrangente, devendo ser capaz de cercar a discricionariedade da administração pública. Os minimalistas, por outro lado, responderiam afirmando que um bom modelo legal seria aquele que fosse capaz de (...) gravar suas diretrizes fundamentais. (...) As decisões pontuais sobre as contratações públicas deveriam ser tomadas noutro âmbito, que não o legal "* (ROSILHO, André Janjácomo. Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas, 2011. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito em São Paulo-Fundação Getúlio Vargas, p. 84).

Ao traçar o perfil das licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro, Carlos Ari Sundfeld identifica a existência de três tendências legislativas ao longo do tempo, cada qual motivada pelas preocupações e debates prevalentes em cada período.

Primeiramente, em fenômeno que teve a Lei 8.666/1993 como principal expoente, o legislador nacional procurou neutralizar, ao máximo, o papel da discricionariedade do administrador no processo das contratações públicas. Em resposta a escândalos de corrupção e com o objetivo de garantir a isonomia entre os potenciais contratados, " *[e]ntendeu-se que a boa contratação seria aquela resultante de procedimentos com baixa participação valorativa do administrador público "*. Deixou-se em segundo plano, naquele momento, considerações sobre a eficiência e os custos gerados pelo procedimento licitatório, para priorizar a adoção de critérios objetivos e procedimentos formais burocratizados (SUNDFELD, Carlos Ari, "Como reformar licitações?", *in* Contratações públicas e seu controle. SUNDFELD, Carlos Ari (org.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 268).

No período que se seguiu, a Lei 8.666/1993 passou a ser alvo de críticas, em virtude da constatação de que o detalhismo da norma poderia ensejar sobrepreços, decorrentes do incremento dos custos de transação, morosidade no processo licitatório e, como consequência, contratações antieconômicas para o Poder Público (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, v. 27, 2011, p. 1-2).

Teve início, então, um verdadeiro processo de fuga dos entraves da Lei 8.666/1993, seja pelo incremento das hipóteses de contratações diretas, seja

pela utilização de respostas gerenciais alternativas pelos governos, das quais são exemplo as parcerias com o terceiro setor.

O RDC se insere na terceira fase das licitações públicas brasileiras, pautada pela maior preocupação com a eficiência, com a simplificação do processo e com a criação de incentivos econômicos mais racionais (SUNDFELD, Carlos Ari, “Como reformar licitações?”, in Contratações públicas e seu controle. SUNDFELD, Carlos Ari (org.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 270-2071. Sobre o ideal de simplificação da Administração, veja-se SUNSTEIN, Cass R. Simpler: The future of government. Simon and Schuster, 2013.).

Analizando o tema e, especialmente, a necessidade de a Administração Pública atuar de modo eficiente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que:

*“ com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, ou atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei ”* (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial / Diogo de Figueiredo Moreira Neto. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115).

O diploma normativo, cuja constitucionalidade é presentemente questionada não destoa desses propósitos. Os objetivos da norma estão indicados no art. 1º, §1º, da Lei 12.462/2011 e são, nomeadamente: (i) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; (ii) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; (iii) incentivar a inovação tecnológica, e (iv) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Costumam ser indicados, dentre os elementos identificadores do subsistema criado pelo RDC os seguintes aspectos:

(i) Contratação integrada , que compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 9º, §1º);

(ii) 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 (art. 10);

(iii) Diferimento da publicidade do orçamento estimado para a contratação, que 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 (art. 6º);

(iv) Pré-qualificação permanente destinada a identificar 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 bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública (art. 30).

É contra essas modificações que se levantam os requerentes.

## **II.2.2) A racionalidade econômica do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.**

O RDC, como dito, faz parte de um movimento normativo em prol da maior eficiência das licitações públicas, que faz frente a algumas das disfunções observadas na Lei 8.666/1993.

Nesse contexto, a criação de um novo microssistema de licitações e contratos, inicialmente destinado a nortear as contratações de obras e serviços relacionados à Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014, aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e às obras de

infraestrutura e serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses mundiais, apresentou-se como alternativa para minorar o inegável déficit de infraestrutura que assola o país e que, naquele momento histórico, poderia inviabilizar a realização dos grandes eventos desportivos que se avizinhavam. Serviu, igualmente, como verdadeiro teste para a implementação de novos institutos e soluções jurídicas que poderiam ser (como de fato foram) transplantados para contextos além daqueles originalmente delineados na norma (ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 20-25).

Esse movimento, propiciado pelas obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil para sediar grandes eventos, foi altamente influenciado pelos debates acadêmicos travados nos campos da análise econômica do direito e do direito e desenvolvimento. Em vista disso, qualquer diagnóstico sobre a RDC não pode descuidar da dimensão econômica do diploma normativo, nem dos aportes próprios da *Law and Economics* (ver-se, sobre o tema, POSNER, Richard A. *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*. The Journal of Legal Studies, Vol 2, No. 2, p. 399-458. The University of Chicago Press, 1973, p. 418), para a análise da matéria.

Uma das contribuições advindas desses dois campos de estudo jurídico é a conhecida lição segundo a qual “ *instituições importam* ” ( *institutions matter* ). Noutras palavras, coloca-se em foco o peso que as instituições têm na conformação do comportamento humano e no desenvolvimento econômico (NORTH, Douglass C. 1991. *Institutions*. Journal of Economic Perspectives, p. 97-112; RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. *Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development*. Journal of economic growth, v. 9, n. 2, p. 131-165, 2004; TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. *What makes poor countries poor?: institutional determinants of development*. Edward Elgar Publishing, 2011).

Para essa vertente do pensamento institucionalista, são consideradas instituições todas as regras formais (lei estatutária, lei comum, regulamentação) e informais (convenções, normas de comportamento e códigos de conduta autoimpostos), que compõem as “regras do jogo” numa dada sociedade (NORTH. Douglass. *The New Institutional Economics and*

Third World Development in John Harriss, Janet Hunter & Colin M. Lewis. The New Institutional Economics and Third World Development. Londres: Routledge, 1995, p. 23).

As *licitações públicas* se inserem perfeitamente no conceito de instituição traçado acima, na medida em que a sua forma de realização influi, inequivocamente, nas escolhas que serão tomadas pelas partes contratantes e nos resultados práticos da contratação. O *design* das licitações públicas pode suscitar incrementos ou decréscimos na concorrência, aumento ou diminuição de custos de transação, incentivos ou desincentivos à corrupção e à formação de carteis (CARVALHO, Victor Aguiar de. Restrições à Concorrência em Contratações Públicas: uma Preocupação Global. REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, v. 1, p. 256-282, 2017).

Foi o que igualmente consignou a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, quando afirmou que contratos públicos eficientes e eficazes são essenciais “ *para responder às necessidades dos cidadãos, apresentando-se cada vez mais como um pilar fundamental da boa governança e ajudando a restaurar a confiança no setor público* ” (tradução livre. OCDE. Size of public procurement in Government at a Glance 2017, OECD Publishing, Paris).

Ainda, e para além das peculiaridades inerentes às licitações, é cediço que nenhuma troca econômica ocorre de forma perfeita e ideal na sociedade. Se, de acordo com a teoria econômica, a celebração de contratos na sociedade levaria a melhorias de Pareto, de modo que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, apenas haveria contratações que “ (i) *deixem pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixem nenhum indivíduo em pior situação* ”, na prática, não se pode desconsiderar a existência de externalidades, assimetrias de informação e custos de transação (TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica dos contratos. In : Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 164).

Uma das principais falhas que permeia contratações públicas diz respeito à assimetria de informações, presente tanto no processo de escolha do contratado quanto na execução do objeto contratual.

Quando a Administração Pública transfere a um particular determinada obrigação de dar ou de fazer, mediante a celebração de um contrato administrativo, parte das informações que permeiam essa contratação não são plenamente acessíveis ao agente estatal. “ *O custo de oportunidade preciso, a exata tecnologia utilizada, ou o quão boa é a correspondência entre a capacidade intrínseca do agente e esta tecnologia são todos exemplos de informações que podem permanecer privadas do conhecimento do agente* ” (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton university press, 2009, tradução livre).

Esse cenário, na teoria econômica do agente-principal, é denominado de seleção adversa ( *adverse selection* ). Em decorrência disso, o Estado, sem informações precisas sobre a qualidade do que está contratando, prioriza a redução do preço da contratação, em detrimento da qualidade do objeto licitado.

Outro potencial problema advindo da assimetria de informações na licitação pública é o chamado risco moral ( *moral hazard* ), termo que denota os incentivos da parte contratada em agir em contrariedade ao interesse do contratante. Exemplo clássico disso ocorre, quando o particular reduz a qualidade dos insumos utilizados para a realização de uma obra pública, de modo a aumentar a sua margem de lucro, aproveitando-se das deficiências de fiscalização do Estado (NÓBREGA, Marcos. *Análise econômica do direito administrativo*. In : Timm, Luciano Benetti (org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 411).

Um dos papéis do Direito, nesse contexto, é tomar em conta os aportes da teoria econômica tanto em sua dimensão *descritiva* quanto *normativa* para aprimorar o ordenamento jurídico, incrementando suas potencialidades de eficiência ao mesmo tempo em que busca mitigar eventuais efeitos sistêmicos negativos (POSNER, Richard A. *Values and consequences: An introduction to economic analysis of law*. 1998, p. 2).

O RDC visou à mitigação de algumas dessas dificuldades supracitadas, (i) aumentando a celeridade e desburocratizando o processo de licitação, e (ii) criando incentivos para o cumprimento mais racional do contrato administrativo.

Sob o primeiro prisma, destacam-se expedientes como a pré-qualificação permanente, a inversão das fases da licitação e a fase recursal única do art. 27 da Lei 12.462/2011.

Sob segundo aspecto, são especialmente relevantes questões como a publicidade diferida do orçamento estimado a contratação integrada, a remuneração variável do contratado e a limitação dos aditamentos contratuais.

Feitas essas observações gerais, dou início à análise propriamente dita de cada um dos institutos jurídicos alvo de objeção.

**a) A contratação integrada de obras e serviços de engenharia.**

Em ambas as ADIs, os requerentes discorrem sobre a alegada incompatibilidade entre a modelagem de contratação integrada desenhada na Lei 12.462/2011 e os arts. 37, *caput* e XXI, da CRFB.

Confira-se o teor dos artigos questionados quanto ao tema:

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

*[...]*

*Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:*

*[...]*

*V - subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada;”*

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

*[...]*

*V - contratação integrada.”*

*“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: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

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

§ 2º No caso de contratação integrada:

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

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

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

c) a estética do projeto arquitetônico; e

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

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

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

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

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

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido

da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

A Procuradoria-Geral da República, impugnando os artigos 2º, parágrafo único, V ( *in fine* ); 9º, §§1º, 2º, 3º e 4º, e 36, §1º, sustenta que a contratação de obras e serviços de engenharia sem que o Poder Público tenha elaborado o respectivo projeto básico, além de contribuir para a indefinição do objeto da licitação, atenta contra a competitividade e isonomia do processo licitatório. Destaca, neste ponto, que:

*“ [é] tamanha a importância da preexistência do projeto básico que o art. 7º, §2º da Lei nº 8.666 somente admite a abertura de licitação para obras e serviços quando ‘houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório’ ”.*

De modo semelhante, os partidos políticos requerentes aduzem que:

*“ [u]ma simples confrontação do art. 9º, §2º, inciso I, da Lei 12.462 /11 com as exigências para elaboração do projeto contidas no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93 é suficiente para se perceber a insuficiência do anteprojeto, como definido pela própria lei ora em discussão, para a devida individualização do projeto da licitação, o que determinará a subjetivação dos julgamentos dos certames. [...] Implementadas tais modificações, é certo que o objeto a ser licitado não estará mais devidamente identificado. Ora, se o projeto básico passa a ser elemento a ser realizado pelo vencedor do certame, é certo que o anteprojeto não possuirá os elementos que o caracterizam ”.*

Nessa linha, ainda para os autores da ADI 4.645:

*“ [...] a contratação integrada, por seus meios e efeitos, acaba por afastar a incidência da própria obrigação de licitar, na medida em que a subjetivação dos critérios de escolha torna o processo licitatório*

*mero instrumento formal, incapaz de atingir os objetivos do princípio constitucional da licitação, quais sejam, o de permitir uma seleção em que haja igualdade entre os participantes, a escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público e a moralidade do ato, consubstanciada na existência de elementos objetivos no edital de licitação e na possibilidade de controle dos atos da administração pelos meios previstos na própria Constituição Federal”.*

Em sentido oposto, o Senado Federal sustenta, em síntese, que:

*(i) “ o anteprojeto possui requisitos mínimos que asseguram a definição clara e objetiva do objeto a ser licitado, tais como as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de execução, o projeto arquitetônico, os impactos ambientais e a acessibilidade. A fase interna compreende, também, a estimativa do valor da contratação, e caso seja permitida a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório necessariamente estabelecerá critérios objetivos de avaliação e julgamento das propostas (art. 9º, 9 3º, da Lei nº 12.462/2011)” ; e (ii) “ muito embora a contratação integrada compreenda a elaboração dos projetos básico e executivo, em contrapartida, restringe consideravelmente as possibilidades de aditamento contratual (art. 9º, §4º, da Lei nº 12.462/2011), transferindo ao contratado a quase totalidade do risco do empreendimento, inclusive em face das deficiências na elaboração dos projetos básico e executivo (situações corriqueiras em licitações dessa natureza), o que evita o encarecimento dos custos à Administração e contribui para a seleção da proposta mais vantajosa ”.*

Expostas brevemente as duas perspectivas em conflito, passa-se à apreciação do tema.

Nos termos do que dispõe o art. 9º da Lei 12.462/2011, a contratação integrada é o regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia pelo qual o particular vencedor da licitação será incumbido (i) da elaboração e do desenvolvimento dos projetos básico e executivo, (ii) da execução de obras e serviços de engenharia, (iii) da montagem, (iv) da realização de testes, (v) da pré-operação e (vi) de todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Trata-se de proceduralização distinta daquela adotada pela Lei 8.666/1993, que prevê 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 processo licitatório (art. 7º, §2º).

A Lei 12.462/2011, entretanto, não inaugurou a flexibilização da exigência de elaboração do projeto básico pela Administração Pública nas hipóteses de contratações de maior complexidade (RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação : licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34-35).

Veja-se que o art. 18, XV, da Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões) demanda para a realização de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública a existência, no edital, de “ *elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra*”, dispensando a elaboração de projeto básico em sua integralidade.

Também a Lei 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, estipula que:

*“o s estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica”* (art. 10, §4º).

Mais recentemente, a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), inspirada na da experiência consolidada no caso do RDC, contemplou as modalidades de contratação integrada e semi-integrada (art. 42, V e VI).

A modelagem em exame não é, tampouco, inédita no direito comparado. Fernando Vernalha e Egon Bockmann Moreira esclarecem que a contratação integrada:

*“ se justifica ante a necessidade de a Administração obter do contratado a entrega de um empreendimento completo e pronto, em condições de pleno funcionamento, projetado, executado e testado na esfera das atribuições contratadas. Trata-se de modelo praticado na experiência internacional sob a sigla anglo-saxônica de design & build, em que há prevalência de obrigações de resultado tomadas pelo contratante ”* (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 201).

Os autores traçam a comparação do citado modelo com a modalidade *engineering procurement and construction contract* (EPC) do direito comparado. Nesta:

*“ o empreiteiro (‘epecista’) incumbe-se da confecção integral do projeto (design) e da execução da obra, da prestação e administração de todos os serviços de engenharia associados, com a responsabilidade pela entrega de um empreendimento integralmente pronto, equipado e testado, sob um modelo de turn-key. Será usual, sob esse modelo de contrato, a exigência de requisitos mínimos de produtividade e eficiência (minimum requirements) dos equipamentos que permitam o funcionamento da obra a serem obedecidos pelo contratado. Ajustes e retoques finais (punch list itens) deverão ser concluídos sem prejuízo do recebimento (provisório) da obra. É usual que a ultrapassagem do termo de conclusão final da obra, com a final completion, enseje a aplicação de cláusula penal, assim como sua entrega precoce garanta um bônus ao contratado ”* (MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC / Egon Bockmann Moreira, Fernando Vernalha Guimarães. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 204)

A questão que ora se coloca é saber se o modelo de contratação integrada é *necessária e aprioristicamente incompatível* com a regra constitucional da licitação (art. 37, XXI, da CRFB). Ou seja, com a ausência de projeto básico, restariam afastadas a isonomia, objetividade e impessoalidade das licitações públicas?

A resposta é negativa por dois motivos.

De um lado, a inexistência projeto básico, *per se*, não significa a indefinição do objeto licitado e/ou a subjetivização do julgamento da proposta.

De outro, a interpretação sistemática da lei impugnada permite verificar a presença de mecanismos mitigadores de riscos ao interesse público decorrentes dessa escolha legislativa.

Sob o primeiro enfoque, é preciso dizer que, à Administração Pública, de fato, é vedado licitar objetos indeterminados ou indetermináveis, porquanto um dos objetivos constitucionais da regra da licitação é justamente criar um ambiente de competição isonômica entre os potenciais contratados. Deve-se rechaçar qualquer ingerência indevida das opiniões pessoais do administrador na condução do processo licitatório, sob pena de confundirem-se as searas *pública* e *privada*.

Deveras, trata-se de corolário da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativas o fato de que quaisquer escolhas discricionárias da Administração Pública nas licitações (escolha do objeto, da modalidade da licitação, dos requisitos de habilitação e do critério de julgamento) devem ser esgotadas ainda na fase interna, quando da elaboração do instrumento convocatório, não sendo possível sua alteração após a deflagração do certame.

Daí, contudo, não decorre que o Poder Público deva sempre e invariavelmente minudenciar todo escopo, meio, técnica e tecnologia a ser implementado na consecução do contrato administrativo.

Não são poucas as hipóteses em que a complexidade do empreendimento e/ou a multiplicidade de técnicas através das quais é possível chegar ao mesmo resultado final impossibilitam o desenvolvimento de um projeto básico adequado pelo Poder Executivo (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. *In Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: Fórum, set/2011). Isso tudo se agrava nos cenários em que o objeto a ser licitado foge das contratações cotidianas da

Administração, como nas obras de alta complexidade ou naquelas que envolvam a incorporação de soluções ou tecnologias ainda não disseminadas.

Nessas circunstâncias, caberá ao administrador, na fase interna da licitação, delinear de forma suficiente o objeto a ser contratado e os fins a que visa a Administração, deixando, entretanto, uma margem de autonomia para que o particular apresente soluções e metodologias diversas para a execução do contrato. Trata-se de recurso que permite reduzir os custos de tempo, dinheiro e pessoal da Administração Pública contratante, ao transferir ao particular a elaboração do projeto básico – acompanhada dos riscos decorrentes da completude e qualidade deste .

Assim, diferentemente do que sustentam os requerentes, a inexistência de prévio projeto básico não deságua na completa indefinição do objeto a ser licitado. Cuida-se, apenas, de alterar o modo como este é determinado, privilegiando-se a fixação de *finis* sobre a indicação taxativa dos *meios* .

Exatamente por isso, a contratação integrada não pode ser livremente adotada pela Administração Pública. Sua utilização para a execução indireta de obras e serviços de engenharia, nos termos dos artigos 8º e 9º da Lei 12.462/2011, está restrita aos casos em que ela seja *técnica e economicamente justificada* e cujo objeto envolva *inovações tecnológicas, metodologias distintas de execução ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado*.

Consoante as lições de Marçal Justen Filho:

*“ deve-se evidenciar que a complexidade da situação e a incerteza sobre o atingimento do resultado desejado mediante as soluções de empreitada tradicional geram riscos de insucesso relevante, além de acarretarem custos econômicos elevados. Deve evidenciar-se que a assunção por um particular do encargo de conceber o empreendimento, com todos os riscos inerentes, propiciará uma solução economicamente mais vantajosa do que aquela que seria obtida mediante uma modalidade distinta de empreitada ”* (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013, p. 189).

Noutras palavras, existe um ônus argumentativo do Poder Público para a adoção da contratação integrada. A lógica subjacente a essa modalidade de contratação é a percepção de que a Administração Pública nem sempre é capaz de realizar o projeto básico a contento, o que pode vir a prejudicar a própria higidez do contrato administrativo a ser licitado (MOURA, Emerson Affonso da Costa. Regulação da infraestrutura, exigências contratuais e elaboração do projeto básico: análise do papel do estudo preliminar na execução de obra pública. In: Regulação e infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 405-421).

A modalidade de contratação integrada foi pormenorizada nos artigos 73 e seguintes do Decreto 7.581/2011, que regulamenta o RDC. Ao que interessa, é relevante notar que, nos termos do regulamento, a contratação integrada poderá ser adotada, desde que: (i) técnica e economicamente justificada; (ii) adotado o critério de julgamento técnica e preço; e (iii) instrumento convocatório contenha anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

O art. 74 do decreto regulamentador contém ainda obrigação de que constem do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos: (i) concepção da obra ou serviço de engenharia; (ii) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; (iii) levantamento topográfico e cadastral; (iv) pareceres de sondagem; e (v) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

Segundo os §§3º e 4º do mesmo dispositivo, o anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes e os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da administração pública poderão definir o detalhamento dos elementos mínimos necessários para a caracterização do anteprojeto de engenharia. Constata-se, assim, que, por mais que no regime de contratação integrada o licitante seja o responsável pela confecção dos projetos básico e executivo, a exigência de existência de um anteprojeto de engenharia permitirá a comparação entre as propostas e promoverá a



salutar competição entre os licitantes, o que afasta qualquer tese de inconstitucionalidade da referida novidade na execução de obras e serviços de engenharia.

Quanto ao tema, Marçal Justen Filho salienta que:

*“ a existência de projetos básico e executivo é irrelevante. Ademais, é inafastável que exista a definição precisa e exata dos resultados a serem atingidos. O contrato deve ser minucioso, exaustivo e satisfatório relativamente a esses resultados, contemplando índices objetivos que permitam avaliar o desempenho do particular. A remuneração será fixada tomando em vista o atingimento dos fins previamente determinados ”*(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013, p. 190).

Sob o segundo enfoque acima citado – qual seja, a existência de mecanismos mitigadores de riscos ao interesse público associados à contratação integrada –, é preciso notar que obrigação de resultado contida na contratação integrada vem acompanhada, nos termos da Lei do RDC, de estruturas de incentivo que fazem frente aos problemas informacionais referidos no tópico acima – em especial, a eventual tentação do particular de cortar custos e utilizar atalhos, durante a execução contratual, de modo a elevar a sua margem de lucro ( *moral hazard* ).

A Lei, consectariamente, veda a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto para (i) a 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 8.666/1993 (art. 9º, §4º da Lei do RDC).

Como o particular contratado fica responsável pela elaboração do projeto básico e executivo, especificando a forma como serão alcançados os fins almejados pelo Poder Público contratante, ele assume, também, os riscos inerentes às eventuais inadequações dos seus projetos.

*“ Com isso, cria-se um incentivo econômico ao contratado para que zele pela qualidade dos projetos, eis que suas deficiências se retratarão em custos futuros em prol da correção do funcionamento da obra, para o alcance dos resultados estipulados em contrato ”* (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 201).

Dessa forma, reduzem-se os riscos de aditamentos desnecessários, decorrentes de falhas de planejamento e expertise do contratado. Este, por conseguinte, é desincentivado a apresentar projetos inexecutáveis ou incompletos, justamente, porque arcará com eventuais incrementos de gastos. Foi o que concluiu o relatório do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) sobre a adoção do RDC no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), que afirma que a adoção da contratação integrada efetivamente reduziu o número de aditivos nas obras da aludida autarquia (item 323, relatório disponível em <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9107>. Acesso em 14/1/2019).

Inexiste, portanto, inconstitucionalidade na consagração da contratação integrada pela Lei do RDC, máxime porque está fundada em racionalidade teórica e experiências empíricas que depõem em seu favor e denotam a razoabilidade da escolha regulatória em tela.

#### **b) A remuneração variável do contratado.**

Na ação direta 4.645, os requerentes alegam a suposta inconstitucionalidade da remuneração variável do contratado, pois não seria *“ lícito ao Estado escolher quanto pagará ao contratado, muito menos se, para tanto, levar em conta critérios vagos e imprecisos como os que se observa no art. 10 da lei impugnada ”*.

Eis o teor dos artigos impugnados, nesse particular:

*“Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:  
(...)”*

*IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10”;*

*“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”.*

Para os partidos políticos autores:

*“ [a] definição da equação econômico-financeira do contrato, bem como os valores a serem percebidos a título de retribuição, é elemento que integra o processo licitatório e expõe-se à concorrência isonômica e impessoal que é própria das licitações públicas. Não pode, portanto, ser alterado injustificadamente após a conclusão das obras ou serviços contratados. O recurso a critérios das ‘metas’ e ‘padrões de qualidade’ como os que constam do art. 10, em se tratando de contratos de licitação, oferece grau de discricionariedade ao gestor público que não está de acordo com a Constituição Federal ”.*

Para sustentar a constitucionalidade da medida, a Presidência da República afirmou que:

*“ [a] remuneração variável consiste na possibilidade de a Administração pagar ao contratado um valor maior ou menor do que o originalmente pactuado em função do cumprimento de metas previamente fixadas (prazo, qualidade, sustentabilidade etc.), em estrita conformidade com parâmetros e limites previamente definidos no instrumento convocatório. Os valores a serem percebidos não serão alterados injustificadamente após a conclusão das obras, mas sim variarão conforme cláusulas previamente estabelecidas. É instrumento contratual indutivo, que almeja maximizar o interesse público em seus aspectos técnicos e orçamentários, calcado em parâmetros objetivos e pré-estabelecidos. Não há, de forma alguma, margem de desarrazoada à discricionariedade ” (Doc. 35 da ADI 4645).*

É curioso que tenham sido impugnadas, quanto a essa temática específica, apenas os mencionados artigos, deixando-se de aludir, na peça

inicial, ao art. 23 da Lei do RDC, que igualmente permite a vinculação da remuneração contratual à obtenção de um resultado futuro e incerto. São os chamados contratos de eficiência, nos quais “ *o contratado assume o dever de proporcionar uma economia à Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual do benefício obtido* ” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord). O Regime Diferenciado de Contratos Públicos (RDC): Comentários à Lei nº 12.426 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum. 2012).

Confira-se o teor do artigo em comento:

*“ Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato”.*

O que se extrai das colocações acima transcritas, de todo modo, é a incompreensão dos requerentes quanto à sistemática da remuneração variável, que não confere ao administrador público a possibilidade de alteração unilateral e discricionária dos pagamentos ao particular.

A remuneração variável, ao revés, representa mecanismo de incremento da racionalidade econômica e da eficiência do contrato administrativo. Diversamente do que ocorre nas licitações públicas regidas pela Lei 8.666/1993, em que, como assinalado, o particular pode ser tentado a auferir rendas extraordinárias pela diminuição da qualidade dos bens e serviços prestados ( *moral hazard* ), pretende-se estimular o cumprimento contratual com o maior nível de excelência possível.

Como bem exposto pela Associação Brasileira de Direito e Economia – ABD&E em seu memorial de *amicus curiae* (Doc. 5 da ADI 4645):

*“ a ideia subjacente à previsão é estimular o prestador do serviço a realizá-lo com maior qualidade e de acordo com as especificidades do administrador, de modo a maximizar sua remuneração, consubstanciando prática rotineiramente aplicada na iniciativa privada e cujos bons resultados também já são experimentados pela*

*Administração Pública, sem que se possa falar em violação de impessoalidade ou transparência”.*

Em estudo aprofundado do tema, Rafael Wallbach Schwind nota que:

*“ [n]as contratações que prevejam uma remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital de licitação e no contrato. Pode haver, portanto, um ‘bônus’ ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas. Não há propriamente uma sanção pelo não atendimento dessas metas (que não são obrigatórias), mas o incremento da remuneração do particular se elas forem atendidas. A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito ”* (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord). O Regime Diferenciado de Contratos Públicos (RDC): Comentários à Lei nº 12.426 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum. 2012, grifos no original).

Também Maurício Portugal Ribeiro *et al* percebem na remuneração variável um meio de alinhamento dos interesses de ambos os contratantes, o que é especialmente relevante *“ quando se trata de prestação de serviço não padronizado ou de realização de obras sujeitas a inovações técnicas, em que há espaço para introdução de melhorias e ganhos de eficiência ”* (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação : licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80).

A variação da remuneração e os critérios aplicáveis para o seu cálculo encontrarão prévia e clara estipulação no instrumento convocatório, de modo que não há a alegada surpresa ou unilateralidade na remuneração do particular (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193).

A remuneração, igualmente, deve respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública e ser motivada quanto (i) aos parâmetros

escolhidos para aferir o desempenho do contratado; (ii) ao valor a ser pago; e (iii) ao benefício a ser gerado para a Administração Pública (art. 70, §1º do Decreto 7.581/2011).

A ideia de atrelar a remuneração do particular ao seu nível de performance encontra guarida, inclusive, na teoria geral das obrigações, por equalizar a contraprestação paga pelo Poder Público com qualidade do cumprimento do contrato:

*“ [a]o contrário do que ocorre nas obrigações de meio, em que o prestador assume a obrigação em empregar seus esforços em direção de um objetivo, nos contratos de resultado, o contratado obriga-se à obtenção do próprio benefício esperado, sem o qual não terá havido o adimplemento da obrigação. Portanto, a solução de se condicionar a remuneração do contratado à obtenção de determinado benefício do tomador do serviço é plenamente aceitável e bastante difundida ”* (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord). O Regime Diferenciado de Contratos Públicos (RDC): Comentários à Lei nº 12.426 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum. 2012).

Não por outro motivo, autores há que defendem a aplicabilidade da remuneração variável inclusive nos contratos regidos pela Lei 8.666/1993, a partir de uma interpretação evolutiva desta. Neste sentido, para Alexandre Santos de Aragão:

*“ [a] admissão de determinado instituto por tais subordenamentos pode não necessariamente ter efeitos apenas para o seu âmbito de incidência específico, constituindo a positivação de uma evolução do direito contratual público brasileiro, bem como o reconhecimento de sua compatibilidade com o princípio da moralidade e com a regra constitucional da licitação ”* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 330).

Em síntese, ausente a alegada inconstitucionalidade da remuneração variável ao particular, porquanto, quando bem utilizada, poderá ser uma via de concretização do princípio da eficiência administrativa.

Ante o exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade imputada ao art. 10 da Lei 12.462/2011.

**c) A publicidade diferida do orçamento estimado para a contratação pública e a dispensa de publicação do edital no Diário Oficial nas licitações de baixo valor.**

Para os autores da ADI 4.656, duas previsões trazidas pelo RDC atentariam contra o princípio da publicidade insculpido no art. 37, *caput* da CRFB: (i) o art. 6º, §3º, da Lei do RDC, que autoriza o sigilo do orçamento previamente estimado para a contratação, e (ii) o art. 15, §2º, do mesmo diploma, que dispensa a publicação em Diário Oficial nas 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.

Os dispositivos legais objeto de contenda têm a seguinte redação, *in verbis*:

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

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

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

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

*“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:*

*(...)*

*§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:*

*I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e*

*II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.*

*§ 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”.*

É inegável que a publicidade, enquanto princípio setorial da Administração Pública, deve ser a regra geral no atuar estatal, uma vez que é ela que permite o controle social, administrativo e judicial do Poder Público. Não é possível à sociedade civil acompanhar o proceder dos seus representantes sem ter acesso às minúcias da sua gestão; tampouco há otimização dos gastos públicos e combate à corrupção sem a respectiva transparência e *accountability* das autoridades.

A patente importância da publicidade para a conservação do Estado Democrático de Direito, entretanto, não impede que, para proteger valores jurídicos igualmente relevantes, se proceda à sua mitigação *proporcional e motivada*.

Como indica, Victor Aguiar de Carvalho, em estudo específico sobre o tema, é necessário buscar o ponto ideal de equilíbrio entre o ganho de transparência pelo incremento da divulgação de informações, de modo a reduzir os riscos de corrupção no certame, e o aumento do risco de conluio entre os licitantes pelo uso das informações tornadas públicas pela Administração:

*“ (...) duas das dificuldades concernentes à formação de um cartel referem-se à necessidade de aproximação entre os potenciais concorrentes para a negociação de um acordo e ao monitoramento recíproco quanto ao cumprimento ou desvio do comportamento alinhavado. A publicidade quanto a determinadas informações pode*



*justamente facilitar que os agentes em conluio solucionem tais dificuldades, seja por ensinar o conhecimento de quem são os competidores e a eventual fixação de um preço conjunto após o entabulamento de um acordo, seja ao permitir que os particulares em conluio fiscalizem o comportamento adotado pelos parceiros no certame com o escopo de verificar se algum está tentando desviar da estratégia combinada (...) Uma das formas de buscar o equilíbrio entre publicidade quanto às informações atinentes ao certame e o cuidado para não facilitar a colusão seria, como sugerido por Frédéric Jenny, disponibilizar todos os detalhes a respeito das propostas e dos proponentes aos órgãos de controle, restringindo, no entanto, o acesso aos concorrentes ” CARVALHO, Victor Aguiar de. Restrições à concorrência em contratações públicas: uma preocupação global. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE , Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 115-140, jan./jun. 2016).*

O Legislador nacional, ponderando a tutela à eficiência e à probidade nas licitações, *vis-à-vis* a publicidade imediata de todos os atos administrativos, acolheu posição no sentido de que a divulgação do orçamento antes do oferecimento das propostas poderia propiciar a formação de cartéis entre os participantes do processo licitatório. Tais considerações não destoam da posição doutrinária majoritariamente abraçada, aqui externalizada pelos professores Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

*“ A restrição a certas informações relativas ao orçamento é ferramenta cada vez mais utilizada internacionalmente como obstáculo à corrupção e à superação de ineficiências na licitação. A limitação à sua ampla publicidade pretende evitar a prática do alinhamento das ofertas com o valor orçado pela Administração. Argumenta-se que sua divulgação prévia aos participantes da licitação minimiza os ganhos que a pressão da disputa livre poderia gerar — atenuando os efeitos benéficos da livre concorrência. A veiculação precedente do orçamento pode inibir a prática de descontos mais significativos, uma vez que os interessados possuem incentivos para oferecer preços aproximados àquele que a Administração já estimou para a contratação. Afinal, o reconhecimento acerca de certo orçamento para a contratação presume a disposição da Administração em praticá-lo; mais do que isso, instala a certeza quanto à existência de recursos necessários à sua execução. Portanto, no caso da publicidade prévia não há nenhum estímulo a que os interessados ofereçam valores significativamente mais baixos do que o orçamento (o que significa dizer que a Administração está destinada a pagar mais caro e a não se beneficiar dos ganhos de eficiência do contratado) .”*

(MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 81-124, mar./ago. 2012.)

A previsão orçamentária, frise-se, *já existe* e o acesso a tal informação é plenamente chancelado aos órgãos de controle externo e interno. O que se restringe, num primeiro momento, é o conhecimento desse dado *pelos licitantes*, como forma de evitar o inflacionamento artificial ou a combinação indevida dos preços constantes nas propostas. Não há, conseqüentemente, prejuízos à função de controle, ao planejamento orçamentário e, nem mesmo, à posterior fiscalização pela sociedade.

O objetivo, noutros termos, é evitar que os participantes combinem preços entre si, com base no orçamento estimado, ou que ofertem valores artificialmente altos em decorrência deste.

Na visão de Amanda Athayde Linhares Martins, trata-se de aproximação com a lógica das contratações privadas, em que os negociantes não divulgam aos seus fornecedores, aprioristicamente, a sua estimativa de custos para a contratação, “*uma vez que é justamente a assimetria de informações entre o comprador e o vendedor e entre os próprios vendedores o fator de fomento à redução dos preços das propostas*” (ATHAYDE, Amanda. Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis. Direito Privado Administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.). São Paulo: Atlas, p. 63-83, 2013, p. 71).

Neste ponto, a Lei do RDC se inspira na teoria econômica, ao criar uma assimetria de informações favorável à Administração Pública, que pretende compelir os particulares a formular suas propostas com base, exclusivamente, nos elementos técnico-jurídicos contidos no edital. Confira-se:

*“ Se tratarmos o preço de cada participante da licitação como uma variável aleatória discreta, pode -se dizer que a assimetria de informação sobre o preço tende a aumentar a variância e o desvio padrão das ocorrências de licitação. Seguindo algumas premissas básicas, é possível demonstrar que esse aumento de variância e do desvio padrão decorrentes da assimetria de informação modifica a*

*distribuição de probabilidades, aumentando a probabilidade de que pelo menos uma das ocorrências esteja mais distante (para menos) do preço de referência mantido sigiloso pela Administração Pública.”* (RIBEIRO, M.P.; PRADO, L.N.; PINTO JUNIOR, M. E. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas. 2012. p. 69-70)

Exatamente com fundamento nessa racionalidade econômica, o Tribunal de Contas da União já vinha admitindo o diferimento da publicidade do orçamento estimado, mesmo antes da consagração dessa possibilidade pela Lei 12.462/2011, como se depreende do seguinte excerto, *in verbis* :

*1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatório do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. 2. Comprovadas as vantagens para a Administração, e tendo em vista os princípios da economicidade e da eficiência, admite-se a combinação de aquisição de serviços com alienação em um único procedimento licitatório. 3. Peculiaridades inerentes ao objeto licitado podem justificar a exigência da Administração em acompanhar a fase inicial de execução do contrato. Não há se falar em limitação à competitividade ou violação da igualdade entre os licitantes visto tratar-se de medida que visa o atendimento e a satisfação do interesse da Administração. (Acórdão 114/2007 - Plenário - 07/02/2007, Rel. Min. Benjamin Zymler).*

Na mesma linha, existe recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em suas Diretrizes para Combater o Conluio entre concorrentes em Contratações Públicas, de fevereiro de 2009. O organismo internacional assinala que, embora os requisitos de transparência sejam indispensáveis para o combate à corrupção, os responsáveis pelas aquisições públicas devem estar conscientes dos diversos fatores que podem facilitar o conluio, e sugere que “ [os] preços mínimos não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública ” (OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Diretrizes para combater conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009, p. 8-9).

Converge para a mesma direção a opinião recentemente externada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no documento denominado *Medidas para estimular o ambiente concorrencial dos processos licitatórios*, elaborado a pedido da Secretaria-Executiva do Programa de Parceria de Investimentos – PPI do Governo Federal. Aduz o CADE que a elaboração de editais pró-competitivos deve ser guiada pela introdução de elementos desestabilizadores em mercados nos quais há maior propensão à atuação de cartéis. Dentre os elementos dissuasórios da colusão citados pela autarquia, encontra-se, justamente, a vedação da divulgação do valor de reserva ou valor de referência da contratação pública, nos moldes do RDC.

Por essas razões, o chamado orçamento sigiloso da Lei do RDC não destoa dos objetivos constitucionais de tutela à moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas, nem representa restrição desproporcional ou irrazoável à publicidade dos atos estatais

Passa-se, pois, para o exame do segundo ponto de impugnação referente à publicidade no RDC – *i.e.* a dispensa de publicação em Diário Oficial para determinadas margens de valores de contratação, prevista no art. 15, §2º, da Lei do RDC.

Em defesa desse dispositivo, a Advocacia-Geral da União argumentou que a Constituição Federal não estabelece os parâmetros para a concretização da publicidade dos atos administrativos. Assim, não se poderia afirmar, *ex ante*, que a opção administrativa pela publicação, apenas, em endereço eletrônico especializado viole tal princípio.

Verdadeiramente, a Constituição não impõe uma fórmula única para a publicização dos atos administrativos, como bem elucida a professora Ana Paula de Barcellos:

*“ A publicidade é um dever constitucional que se destina a todos os órgãos e entidades públicos, de modo que Executivo, Legislativo e Judiciário, salvo exceções previstas pela própria Constituição, estão a ele vinculados. Há, portanto, uma dimensão da publicidade que claramente se aproxima da estrutura de uma regra: a previsão incide sobre qualquer ato ou informação relacionada com a ação do Poder*

*Público, salvo as exceções previstas na Constituição ou na lei de forma válida.*

*Há, porém, um outro aspecto do dever de publicidade que o aproxima estruturalmente de um princípio e envolve o como se dará a publicidade. O estado ideal pretendido pela norma constitucional parece simples: proporcionar às pessoas envolvidas e/ou interessadas conhecimento acerca dos atos do Poder Público. Entretanto, dependendo da informação e do público, meios diferentes poderão ter de ser empregados para produzir esse resultado . Não se vai aqui ingressar na discussão sobre quais os meios adequados para garantir a publicidade, embora valha o registro de que o art. 3º, III, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), prevê, como diretriz geral na matéria, a ‘utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação’. Seja como for, e independentemente do meio empregado para proporcionar às pessoas ciência e conhecimento acerca das informações públicas, o que se quer destacar neste ponto é que o dever de publicidade não significa, apenas, que as informações e atos públicos não serão sigilosos”.* (BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 2 ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017, grifei).

A determinação de publicação em Diário Oficial, decerto, é uma das possíveis alternativas para o cumprimento do dever constitucional de transparência. Entretanto, é, também, uma medida que importa em custos adicionais à Administração Pública quando da efetivação do certame.

A interpretação do princípio da publicidade não pode desconsiderar o atual estado da arte tecnológico para consagrar uma percepção unidimensional da transparência dos atos administrativos.

*“ É necessário, portanto, assegurar a força normativa da Constituição conferindo efetividade aos seus princípios e regras, de forma que não se converta numa letra morta, especialmente quando se trata de matéria relacionada ao controle da administração pública, cujo interesse público é inegável.*

*O princípio da publicidade deve ser compreendido, portanto, a partir do atual estágio tecnológico, que permite uma facilidade maior de divulgação e acesso à informação, em detrimento de outros meios de informação que vão se tornando paulatinamente obsoletos, como as publicações impressas, e até anacrônicos, como as publicações em*

*quadro de avisos” (EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O dever de publicidade do estado diante das inovações tecnológicas. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 2, 2016, p. 364).*

Justamente em decorrência disso – e tendo em vista que o sopesamento entre custos e benefícios é uma das facetas da eficiência que deve guiar as licitações públicas –, o Legislador Federal relativizou a regra geral da publicação em Diário Oficial nos casos de contratações de pequena monta.

O critério adotado pela Lei do RDC para a desobrigação da publicação em imprensa, diga-se, é idêntico àquele consagrado pelos arts. 21 e 23 da Lei 8.666/1993 para a modalidade licitatória de convite, que contempla contratos de valor correspondente.

De acordo com as informações trazidas aos autos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, prestadas através do Ofício nº 0744 /CONJUR/MP:

*“ o meio mais utilizado pelos fornecedores para pesquisar sobre novas licitações é o acesso ao Comprasnet. Em pesquisa realizada por meio do Portal de Compras do Governo Federal, constatou-se que a maioria esmagadora dos licitantes procura informações sobre novas licitações no referido portal, poucos procuram nos jornais de grande circulação e praticamente nenhum procura na imprensa oficial. Verifica-se, na prática, que é muito mais fácil, rápido e prático para os potenciais licitantes efetuar pesquisa sobre os avisos de licitação e editais no COMPRASNET do que na imprensa oficial ”.*

Afigura-se razoável, portanto, a ponderação realizada pelo Legislador federal, no sentido de priorizar métodos mais baratos e efetivos de publicidade dos editais ( *i.e.* publicação em *sítio eletrônico oficial centralizado* ), mercê da crescente informatização, automatização e digitalização das comunicações, nos dias atuais.

Diante deste cenário, conclui-se que os requerentes não lograram comprovar a ausência de proporcionalidade da escolha regulatória em exame, não tendo trazido aos autos quaisquer elementos que demonstrassem prejuízo à *accountability* administrativa ou à competitividade do certame.

Firme nestas convicções, fica rejeitada a impugnação dirigida aos arts. 6º, §3º, e 15, §2º, da Lei 12.462/2011, assentando sua conformidade com a Constituição da República.

**d) A pré-qualificação permanente.**

A Procuradoria-Geral da República, na ADI 4655, aduz existir inconstitucionalidade no instituto da pré-qualificação permanente, ao argumento de que este reduziria a competitividade das licitações realizadas sob a regência do RDC.

Requer, neste particular, a declaração da inconstitucionalidade do art. 30, I e II e §§ 1º a 5º, além da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das expressões “pré-qualificação”, contida no art. 7º, II, e “e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei”, constante do art. 15.

Em contraposição à impugnação da requerente, a Associação Brasileira de Direito & Economia - ABD&E apresentou memorial em que defendeu a racionalidade econômica do procedimento *sub examine* (Doc. 5 da ADI 4655), porquanto este “*viabiliza não a contratação permanente, mas a redução dos custos de transação pelo conhecimento contínuo das condições dos participantes*”.

O art. 30 da Lei 12.462/2011 assim disciplina a pré-qualificação, *in verbis* :

*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.

Apesar da argumentação articulada pelo requerente, não se entrevê, em suas razões, consistência suficiente para justificar a declaração de inconstitucionalidade do instituto.

A pré-qualificação permanente é um dos chamados *procedimentos auxiliares* positivados pela Lei do RDC com o fito de reduzir os custos de transação das contratações públicas (art. 29).

Embora sob a mesma denominação, cuida-se de mecanismo distinto daquele previsto no art. 114 da Lei 8.666/1993. Nesta última norma, o objetivo da instauração de um procedimento seletivo preliminar é o de verificar o preenchimento, pelo particular, de condições especialmente severas para a participação do certame, na modalidade de concorrência, em razão das características do objeto licitado. Pressupõe, então, “ *uma ampliação dos requisitos e exigências para participar do procedimento seletivo. Verificam-se restrições usualmente não praticadas* ” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1084).

A *ratio* da pré-qualificação contida na Lei do RDC, por outro lado, é disponibilizar um cadastro prévio de bens ou fornecedores que atendam a condições técnicas preestabelecidas, com vistas a otimizar e acelerar o andamento de futuras licitações. A respeito, são elucidativas as considerações de Rafael Oliveira e Rafael Vêras:

“ É oportuno o registro de que a pré-qualificação nas licitações tem por objetivo identificar os interessados numa futura competição, não representando, pois, a competição em si ou mesmo uma etapa de habilitação, que define o universo de competidores. Em outras palavras, a pré-qualificação fixa um direito de participação na licitação em favor dos que foram nela identificados, definindo-se um padrão de



*qualidade mínima a ser atendida na competição a ser realizada. Daí a vantagem de se introduzir este procedimento de forma permanente, pois a Administração, ao mesmo tempo em que já estipula standards para suas futuras contratações, o faz sem a necessidade de identificação dos recursos orçamentários que financiarão tal ou qual empreendimento ” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, v. 27, 2011, p. 20)*

Sob este prisma, resta claro que inexistem as alegadas restrições à competitividade e isonomia das licitações em decorrência do uso desse procedimento, mercê da exigência legal de que a pré-qualificação seja precedida de ampla publicidade e transparência.

Nos termos do art. 83 do Decreto 7.581/2011, que regulamenta o RDC, o procedimento de pré-qualificação deve ser realizado mediante publicação de extrato do instrumento convocatório no Diário Oficial do ente contratante, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação, e divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade. Ainda, o procedimento de pré-qualificação deverá ficar permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados (art. 81 do decreto).

À Administração Pública, a seu turno, permite-se a realização de licitações mais céleres e menos custosas, na medida em que poderá realizar um único procedimento de pré-qualificação para múltiplas licitações – assegurando, desde logo, a efetiva existência de fornecedores interessados naquela contratação, o que evita a realização de licitações desertas ou fracassadas.

Por tais razões, rejeita-se, também, a arguição de inconstitucionalidade dirigida aos art. 30, I e II e §§ 1º a 5º, e às expressões “pré-qualificação”, contida no art. 7º, II, e “e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei”, constante do art. 15 da Lei do RDC.

#### **e) O licenciamento ambiental nas contratações do RDC.**

A Procuradoria-Geral da República, na ação direta de sua autoria, pretende ver declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos contidos no art. 4º, §1º, II e §2º, e art. 14, os quais “*não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais/culturais, serão aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias*”.

Eis o teor dos artigos impugnados pelo requerente:

*“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:*

*(...)*

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

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

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

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

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

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

*Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:*

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

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

O requerente, apesar de indicar, genericamente, potenciais violações aos arts. 215, 216 e 225, IV, da Constituição da República, não apresentou quaisquer fundamentos jurídicos ou empíricos que amparassem a sua preocupação. Não há, nos autos, indícios de que as contratações realizadas por meio do regramento do RDC impliquem maior flexibilização das normas de proteção ambiental pertinentes.

Da literalidade da norma impugnada, extrai-se uma das diretrizes do RDC é a busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, **social ou ambiental**, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância (art. 4º, III).

O §1º do art. 4º, outrossim, dispõe que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar: (i) a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; (ii) a mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; (iii) a utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; (iv) a avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; (v) a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, e (vi) a acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Consoante preconiza o §2º do mesmo dispositivo, 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.

A interpretação sistemática do diploma normativo, deste modo, conduz à conclusão de que não se está diante da relativização da proteção ambiental ou sociocultural. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao contrário, o que houve foi verdadeira densificação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, item 9.3.10). Também para Flávio Amaral Garcia:

*“ Incorpora-se um importante parâmetro de sustentabilidade no momento do julgamento da proposta de preços, conformando o conceito de vantajosidade para além do menor dispêndio financeiro (interesse público secundário), alcançando outros valores de natureza econômica, social ou ambiental, operacionalizando importante*

*mecanismo para concretizar a sustentabilidade (interesse público primário). Trata-se de utilizar a contratação pública como mecanismo de regulação.*

*(...)*

*Como se vê, o avanço é enorme em relação às disposições da Lei 8.666/1993, que incorporou o princípio do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos primários das licitações públicas mas não avançou diretamente na sua operacionalização. Não obstante o cumprimento dessas normas já decorra, direta ou indiretamente, de outras disposições legais ou, mesmo, constitucionais, é de se reconhecer a virtude do RDC em sinalizar e agrupar sistematicamente valores imateriais que transcendem o aspecto financeiro da contratação”. (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 497-498)*

Destarte, à falta de elementos concretos que sustentem os questionamentos apresentados pelo *Parquet* e que sejam capazes de infirmar a presunção de constitucionalidade da norma em análise, deve-se privilegiar a escolha legislativa, que não destoa dos objetivos constitucionais de tutela ao meio ambiente e fortalece o papel extraeconômico da licitação como vetor do desenvolvimento nacional sustentável.

#### **f) O princípio da legalidade nas contratações do RDC.**

A última das objeções, apresentada em ambas as ADIs ora em julgamento, concerne à alegada violação ao princípio da legalidade, por ter a Lei do RDC, supostamente, conferido excessiva discricionariedade ao Poder Executivo quanto à escolha do regime licitatório a ser adotado.

Segundo os autores da ADI 4.645, “ [e]m que pese a aparente taxatividade da redação do caput do art. 1º (‘aplicável exclusivamente’), na verdade, as hipóteses descritas nos incisos são essencialmente vagas e imprecisas, conferindo ao Executivo liberdade total na escolha do regime de licitação a aplicar”. Essas objeções são ecoadas pela Procuradoria-Geral da República, na inicial da ADI 4.655.

Em que pese parte dessas impugnações ter se voltado contra os artigos 1º, incisos I e II, e 65 da norma em questão, dispositivos estes não conhecidos, nos termos do item I *supra*, persistem os questionamentos mais gerais tecidos pelos requerentes.

Como dito, para os requerentes, inexistiria, no diploma normativo *sub examine*, densidade normativa suficiente para restringir a discricionariedade conferida à Administração Pública, de sorte que, na prática, o administrador poderia optar pela adesão ao RDC ou, alternativamente, por lançar mão do regramento da Lei 8.666/1993.

Observe-se a atual redação do art. 1º da Lei 12.462/2011:

*Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:*

*I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e*

*II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;*

*III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.*

*IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)*

*V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.*

*VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;*

*VII - das ações no âmbito da segurança pública;*

*VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e*

*IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.*

*X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.*

*§ 1º O RDC tem por objetivos:*

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

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

*III - incentivar a inovação tecnológica; e*

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

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

*§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.*

As impugnações apresentadas não se sustentam.

Como bem aclarado pela Presidência da República, em suas informações na ADI 4.655, “a competência da Administração Pública no enquadramento do caso concreto à legislação não implica em irregular atribuição de discricionariedade ao Ente Público, mas tão somente o exercício de sua função administrativa típica”.

Com efeito, é impossível ao Legislador prever com máxima acurácia *quais e quantos* objetos e serviços serão necessários para o desenvolvimento da função administrativo. É impraticável dizer, abstrata e genericamente, com precisão, *como*, *com quem* e *porque* a Administração Pública contratará.

Essa, também, é a posição externada por Odete Medauar, com esteio na doutrina de Eisenmann, quando pondera que o significado do princípio da legalidade não pode ser o de que a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena –, “se predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração, porque seria

*necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável*". Mais correta, então, a ideia de que o princípio:

*" exprime a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas; desse modo, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício dos seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea com a maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral. No entanto, o significado contém gradações: a habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida; por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas "* (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117-118).

O que cabe ao Poder Legislativo, diante dessa realidade, é desenhar os instrumentos jurídicos que serão utilizados pelo administrador para a concretização das políticas públicas, sem prejuízo da ulterior pormenorização desses mesmos instrumentos pelo Poder Executivo, por meio de atos normativos secundários ou mesmo atos concretos.

Como bem ressalta Alexandre Santos de Aragão:

*" o Poder Legislativo e a própria Constituição, face à complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, têm destacado os aspectos políticos da normatização social, retendo-os em sua esfera competencial, mas, consciente das suas naturais limitações, têm transpassando a outros órgãos ou entidades grande parte da competência normativa estatal, resguardando sempre, porém, como não poderia deixar de ser, o seu balizamento e coordenação ."* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. Revista de Direito Administrativo, v. 225, p. 109-130, 2001, p. 129)

É em meio a esse novo paradigma que se inserem as leis de baixa densidade normativa ( *leis-quadro* ), que se preocupam mais intensamente com o estabelecimento dos *fins* do que com a pormenorização taxativa dos *meios* , como consectário das ideias de (i) eficácia normativa dos direitos

fundamentais; (ii) impossibilidade fática de esgotamento da atividade reguladora pelo Poder Legislativo, e (iii) necessidade de dinamismo nas respostas do Direito à sociedade contemporânea.

Importa, é claro, que as leis dessa natureza apresentem densidade suficiente para que seja possível o controle dos atos normativos e concretos dela decorrentes (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. Revista de Direito Administrativo, v. 236, 2005, p. 12). O que é inegociável, portanto, é a existência de referibilidade da atuação administrativa a algum permissivo da ordem jurídica (norma ou princípio).

É preciso ter em conta, em vista disso, que a divisão binária entre atos vinculados e discricionários, tradicional no Direito Administrativo, é alvo de pertinentes críticas, na doutrina mais contemporânea, que prefere tratar a temática sob o prisma dos *graus de vinculação à juridicidade* :

*“ A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.*

*(...)*

*Assiste-se, pois, a uma mudança dos parâmetros de controle da atividade administrativa: o princípio da legalidade cede espaço à incidência direta dos princípios, ou seja, à ideia mais ampla de juridicidade”. (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 220-221)*

A partir dessas considerações teóricas e da leitura do texto normativo supratranscrito, é possível extrair algumas reflexões.

Em primeiro lugar, é correto afirmar que a norma legal não define de modo cabal e específico quais seriam as hipóteses de aplicação da sistemática do RDC.



A lei não determina o que se deve entender por “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)” – cuja caracterização decorre de escolha do Poder Executivo – ou qual o conceito de:

“ações no âmbito da segurança pública” e “obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística”. Tampouco há estrita definição quanto ao âmbito de incidência do art. 1º, IX, que autoriza o uso do RDC para a celebração de “contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração” (os contratos *built-to-suit* do art. 47-A)

Em segundo lugar, em contraponto a essa relativa discricionariedade conferida ao administrador, a Lei em exame (i) traça objetivos e diretrizes a serem alcançados com essas contratações (art. 1º, §1º e art. 4º), e (ii) determina que a escolha quanto à aplicação do RDC esteja expressa no instrumento convocatório (art. 1º, §2º).

Ora, desses elementos acima descritos, não há interpretação plausível da Lei 12.462/2011 que ignore que há um dever de motivação do administrador quando da opção pelo RDC, consistente na demonstração da inclusão do objeto contratado numa das hipóteses legais, de um lado, e no atendimento dos objetivos da norma, de outro.

Existindo, pois, suficientes *standards*, na Lei do RDC, capazes de nortear a atuação administrativa e o seu ulterior controle, e considerando que a Constituição da República não proíbe o administrador de adotar, *secundum legem*, lei diversa da Lei 8.666, não há que se falar em violação à legalidade apta a macular de inconstitucionalidade os dispositivos normativos impugnados.

### **III. Dispositivo.**

*Ex positis*, conheço parcialmente das ações e, nessas partes, julgo improcedentes os pedidos.

É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 22/05/2020 00:00*