

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE  
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.**

**LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DEL REGIME DIFERENCIADO DE  
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**Giovani Corralo<sup>1</sup>**

**Bruna Lacerda Cardoso<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente trabalho busca analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) frente às suscitações de inconstitucionalidade arguidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4655/4555, as quais ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, faz-se necessário tecer considerações acerca do regime geral de licitações no Brasil, disposto na Lei 8.666/93. Posteriormente, necessário abordar a Lei 12.462/11, a qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas para as Obras da Copa do Mundo de 2014 e eventos correlatos. Por fim, realizar-se-á uma análise das referidas ADIs, as quais consideram o RDC uma afronta ao ordenamento jurídico. Prepondera o método dialético na elaboração deste trabalho científico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inconstitucionalidade; Lei geral de licitações; contratos administrativos; Regime diferenciado de contratações públicas.

**RESUMEN**

Este trabajo científico pretende analizar el Regime Diferenciado de Contratación Pública (RDC) em frente a las manifestaciones de inconstitucionalidad en las Acciones Directas de Inconstitucionalidad nº4655/4555, aun no juzgadas por el Supremo Tribunal Federal. Así, es necesario el estudio del regime general de contrataciones publicas em Brasil en la Ley 8.666/93. En seguimiento es preciso la análisis de la Ley 12.462/11, que creo el Regime Diferenciado de Contratación Pública para las obras de la Copa del Mundo de 2014 y otros eventos deportivos. Al fin se hace el examen de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad contra el Regime Diferenciado de Contratación Pública. El método dialéctico es usado en la elaboración de este artículo.

**PALAVRAS-CLAVES:** Inconstitucionalidad; Lei general de contratación y licitación; Regime diferenciado de contratación pública.

**1 Considerações iniciais**

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) fora instituído em 05 de agosto de 2011, através da conversão da Medida Provisória nº 527 na Lei 12.462, com o

---

<sup>1</sup> Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor da Graduação e do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor convidado do Programa de Mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. Participante do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais da UPF. E-mail: gcorralo@upf.br

<sup>2</sup> Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e participante do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais da UPF. E-mail: brunalc Cardoso@live.com

objetivo de proporcionar agilidade às contratações públicas para a realização das obras da Copa das Confederações (2013), da Copa do Mundo (2014) e dos Jogos Paraolímpicos/Olímpicos (2016).

Entretanto, após a sua entrada em vigor, surgiram diversas suscitações acerca de uma possível inconstitucionalidade formal e/ou material do RDC, as quais já foram encaminhadas ao crivo do judiciário (ADIs nº 4655 e 4645), mas ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. A discussão sobre a inconstitucionalidade ocorre em razão da inobservância do devido processo legislativo, bem como de alguns dispositivos do RDC que, aparentemente, estão em discordância com o ordenamento jurídico.

Deste modo, o objetivo do presente trabalho é refletir acerca da existência de inconstitucionalidade formal e/ou material no RDC frente às regras basilares do direito administrativo, tendo como base de análise as ADIs 4655 e 4645.

Assim, o estudo proposto inicia-se com uma abordagem sobre o Regime Geral de Licitações no Brasil, o qual é regulado pela Lei 8.666/90. Em sequência, reflete-se sobre as inovações trazidas pelo RDC e os principais instrumentos trazidos por ele. Por fim, analisa-se as principais arguições sobre inconstitucionalidade do RDC, utilizando-se como base as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.655 e 4.645, que o consideram uma afronta às normas constitucionais. Longe de se perquirir uma pureza metodológica, inadequada nos dias atuais, prepondera o método dialético na elaboração e desenvolvimento deste trabalho científico.

A necessidade de aprofundamento teórico sobre o RDC, principalmente no que tange a sua possível inconstitucionalidade, é de extrema importância na atualidade, especialmente em razão da falta de posicionamento jurisprudencial sobre o tema e a consequente aplicação exacerbada do referido regime para outras situações além das inicialmente previstas, com possibilidade de afronta aos preceitos fundamentais do ordenamento jurídico.

## **2 O sistema licitatório no Brasil**

O Estado, atuando através da administração pública direta e indireta, tem como objetivo primordial sanar as necessidades e os anseios da sociedade, o qual se dá, muitas vezes, através de realização da contratação de obras, serviços ou aquisição de bens. Assim, para que essas atividades ocorram, a administração pública precisa realizar contratações, que

deverão, na maioria dos casos, ser precedidas de prévia licitação, a fim de que se escolha a proposta mais vantajosa ao interesse público.<sup>3</sup>

As contratações públicas no sistema jurídico brasileiro são precedidas do certame licitatório, salvo nas situações expressamente previstas em lei de dispensa ou inexigibilidade<sup>4</sup>. Assim, em regra, a licitação é procedimento que ocorre previamente à formalização de um contrato administrativo,<sup>5</sup> logo, não se pode justificar a licitação como uma atividade administrativa autônoma,<sup>6</sup> mas como “o antecedente necessário do contrato administrativo”<sup>7</sup>.

Por outro lado, o contrato administrativo é a formalização de acordos realizados entre a administração pública, em nome do Estado, e outras pessoas físicas ou jurídicas (de direito público ou de direito privado), visando a perseguição de fins públicos, bem como a satisfação dos interesses coletivos. Ou seja, o contrato é o conluio de vontade dos contratantes, onde o documento elaborado faz lei entre as partes.<sup>8</sup>

No Brasil, com o passar dos anos, houve mudanças significativas no que tange à sistemática e à importância da licitação, principalmente após o ano de 1988, com o advento da Constituição Federal. O referido dispositivo legal, em seu Art. 37, inciso XXI, instituiu a obrigatoriedade das licitações no Brasil, que foi regulamentada<sup>9</sup> pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

O sistema licitatório brasileiro, desde o surgimento dos primeiros textos sistematizados, sofreu grandes alterações até chegar ao que hoje é a Lei 8.666 de 1993. Uma das primeiras regulamentações foi o Decreto nº 2.926, de maio de 1862, que instituiu o regulamento para arrematações e serviços, que ocorreu durante o Império. Após, durante a

---

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2006. p. 179; CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & cia, 1914. p. 19.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 246.

<sup>5</sup> PALAVÉRI, Marcelo. *Municípios e Licitações Públicas*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 3; MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 179; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 24

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008. p. 426-427.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 254; MACHADO, João de Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*. Coimbra, 1937. p. 279; BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Lajouane &cia, 1929, p. 142; CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967. p. 47; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 577; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Op. Cit., p. 194.

<sup>9</sup> Hely Lopes Meireles, de forma contrária, entende que a Lei 8666/93 não regulamenta o estabelecido no Art. 37, XXI da Constituição Federal, mas sim, que ela estabelece normas gerais sobre licitações, previstas no Art. 22, XXVII da Constituição Federal. - MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit. p. 25

república, as normas atinentes às licitações eram colocadas dentro de leis esparsas, que, em princípio, tinham outra finalidade em seu cerne, como se pode perceber na Lei 2.221 de 1909 e na Lei 3.232 de 1917, por exemplo. Posteriormente, outro diploma de extrema importância foi o Código da Contabilidade Pública, instituído em 1922, vigorando durante muitos anos. Em sequência, foram instituídas várias legislações ao longo dos anos, as quais acabaram sendo revogadas, no todo ou em parte, pela Lei. 8666, como o Decreto-Lei 200 de 1967, a Lei 5.456 de 1968, a Lei 6.946 de 1981, bem como o Decreto-lei 2.300 de 1986.<sup>10</sup>

A licitação, de forma concisa, é o meio pelo qual a administração pública busca selecionar, através de um procedimento administrativo interno, com critérios objetivos, a proposta mais vantajosa para a administração, seguindo os preceitos legais estabelecidos, visando a alienação e aquisição de bens, bem como a realização de obras ou serviços.<sup>11</sup> Corroborando com a ideia, Celso Antônio Bandeira de Melo esclarece que licitação é:

[...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.<sup>12</sup>

No que tange à competência para legislar sobre as licitações, deve-se observar que a licitação é um procedimento vinculado, regulado formalmente pela lei, sendo que cabe à União legislar, de maneira geral, sobre a égide do tema. Deste modo, a União legislará sobre normas gerais de licitações e contratos, conforme prevê o Art. 22, XXVII da CF, a salientar que o estabelecido por ela valerá para toda a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e em todos os níveis da federação, a incluir as empresas sob seu controle. Logo, fica a cargo dos Estados, Distrito Federal e Municípios legislar suplementarmente sobre a matéria no que tange aos interesses peculiares de suas administrações, conforme prevê o Art. 24, §§ 2º, 3º e 4º da CF.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit. p. 25; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 550 e 551;

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 11; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 356; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit. p. 25; CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 55.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 534

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.673; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 556 e 569.

A Lei 8.666 de 1993, para alguns autores, é “um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes no direito público brasileiro”<sup>14</sup>, pois é nele que estão estabelecidas, na grande maioria, as principais regras atinentes ao sistema licitatório. No entanto, esta lei, em virtude de seu tempo de vigência, não abrange todas as questões atinentes ao sistema de licitação, surgindo novas normas que complementam o dispositivo precitado, tais como as Leis nº 8.987/95, que trata das licitações para concessões e permissões de serviços públicos; a Lei nº 10.520/2002, que trata sobre a modalidade de licitação chamada pregão; a Lei nº 11.079/2004, que estabelece as regulações sobre as parcerias público privadas; e, por fim, a Lei 12.462/11, que dispõem sobre o RDC, tema abordado mais enfaticamente no presente trabalho.

Visto isso, cumpre destacar a finalidade atribuída às licitações, as quais não divergem opiniões entre os autores, pois já é consagrado que a sua finalidade encontra-se expressa no Art. 3º da Lei 8.666/93. O Art. 3º estabelece que a licitação destina-se a garantir o princípio da isonomia<sup>15</sup>, a proposta mais vantajosa<sup>16</sup>, e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável<sup>17, 18</sup>.

A Administração Pública é norteada por princípios gerais, que direcionam os seus atos à busca pela supremacia do interesse público, que é o principal pilar, juntamente com a indisponibilidade do interesse público<sup>19</sup>, de sustentação do regime jurídico de direito administrativo. Deste modo, por óbvio, o sistema licitatório brasileiro também é regido por estes princípios gerais (juntamente com as finalidades legais já expostas), no entanto, em razão da sua especificidade, ele possui princípios específicos que orientam a atuação pública no âmbito das licitações, os quais deverão ser observados, sob pena de constituir invalidez no resultado do certame licitatório.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. – *Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 34.

<sup>15</sup> Objetiva o dever da administração proporcionar condições iguais aos participantes do certame licitatório.

<sup>16</sup> Objetiva promover o caráter competitivo das licitações, o que já encontra em seu cerne.

<sup>17</sup> Consiste no dever do Estado promover o desenvolvimento nacional sustentável através da licitação, ou seja, a sua escolha não poderá basear-se apenas no valor das propostas, mas sim, procurar a proposta mais acessível, dentre aquelas que auxiliem na promoção do desenvolvimento sustentável.

<sup>18</sup> PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 3; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 369.

<sup>19</sup> A supremacia e a indisponibilidade do interesse público, embora não façam parte do rol e princípios, são de extrema relevância e devem ser observadas no tramite das licitações, pois são consideradas, por Celso Antônio Bandeira de Mello, as “pedras de toque” do direito administrativo. Supremacia do interesse público consiste na superioridade dos interesses da administração sobre o interesse do particular, tendo em vista que a administração vira o bem da coletividade e não de um indivíduo específico. Já a indisponibilidade do interesse público consiste no fato do agente público não possuir muita margem de discricionariedade nas suas escolhas, ou seja, ele não tem o interesse público disponível para si, pois seu ato, na maioria dos casos, é vinculado à lei.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Op. Cit., p. 248.

Os princípios gerais que regem a administração pública encontram-se estabelecidos no Art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Já, os princípios específicos das licitações são o da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, que estão elencados no Art. 3º da Lei 8.666.

O princípio da legalidade consiste no fato da administração prezar pelos mandamentos legais, não podendo afastar-se deles em nenhuma hipótese, sob pena de invalidade do ato e conseqüentemente responsabilidade do agente que o praticou. A ação da administração só poderá ocorrer se houver prévia determinação legislativa, o que ocorre, de forma diversa, com o particular, que não será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei.<sup>21</sup>

Já, o princípio da impessoalidade estabelece que o tratamento a ser disponibilizado aos licitantes (concorrentes) deverá ser realizado de maneira igualitária, não podendo existir fatores subjetivos que acarretem a pessoalidade no seu tratamento, a fim de garantir a absoluta neutralidade na relação dos licitantes com a Administração.<sup>22</sup>

Com relação ao princípio da moralidade, é possível estabelecer que não exige do agente público somente um agir dentro da legislação, mas exige uma ação além do espectro legal, ou seja, analisa-se se a ação é boa ou má, genericamente, para a administração, na perspectiva de bem administrar a coisa pública. É preciso observar que nem tudo que é legal necessariamente será bom ou honesto, logo, a moral estará calcada na conduta interna do agente público.<sup>23</sup>

O princípio da publicidade encontra-se positivado na Constituição Federal, mais precisamente, no art. 5º, incisos XIV, XXXIII, XXXIV, LX, LXXII, cujo conceito estabelece que os atos promovidos durante a licitação deverão ser públicos, garantindo a qualquer interessado a possibilidade de participar e fazer a fiscalização dos atos da administração.<sup>24</sup> Salienta-se, ainda, que a ausência da publicidade é permitida, em caráter de exceção, o que só ocorrerá nos casos em que outros interesses públicos puderem ser concretamente ofendidos,

---

<sup>21</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61; MEDAUAR, Odete. Op. Cit. p. 179; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 364; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 575.

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 325; MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 180; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 365; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 575.

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Op. Cit., p. 245; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 576; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 70; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 380

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 366; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 73; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 576; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 29 e 30

ficando visível que, o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, devendo haver justificativa para tal.<sup>25</sup>

O princípio da eficiência, embora não esteja alocado na Lei Geral de Licitações – Lei 8.666/93, possui uma grande relevância no processo licitatório, em razão da necessidade de que o processo seja célere, adequado e perfeito, sustentando-se a sua aplicação no art. 37 da Constituição Federal. Logo, o princípio da eficiência estabelece que a administração pública deverá conseguir o melhor resultado com menor custo, de modo que a “eficiência deve ser considerada no âmbito do conceito de ‘efetividade’, em que há adequação do meios e fins. Ou seja, a administração deve adotar os melhores métodos ao seu alcance para obter os resultados mais aptos a satisfazer o interesse público”<sup>26</sup>.

Dentro dos princípios específicos do regime de licitações, abordar-se-á, neste momento, o princípio da igualdade. Em um primeiro momento, o princípio da igualdade pode parecer-se semelhante ao princípio da impessoalidade, entretanto, eles são diferentes, vez que a igualdade exige que a administração não apenas trate de forma impessoal os licitantes, mas que ela também possibilite que qualquer interessado participe com condições e garantias idênticas aos demais. Nesse sentido, não poderá haver nenhuma norma ou requisito que coloque os licitantes em caráter desigual, exceto quando forem requisitos mínimos necessários para a garantia da execução do contrato.<sup>27</sup>

Por outro lado, tem-se, também, o princípio da probidade administrativa, o qual reitera o princípio da moralidade<sup>28</sup>, pois é através dele que se impede “a prática de atos ou a seleção de propostas atentatórias da probidade administrativa, ou seja, que não traduzam a melhor satisfação para a Administração Pública”<sup>29</sup>. A probidade administrativa, assim como a moralidade, não exige apenas um comportamento lícito do administrador, mas exige que o seu comportamento esteja de acordo com a moral administrativa, que emane uma ideia de honestidade e de agir conforme as expectativas da sociedade.<sup>30</sup>

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, positivado no Art. 3º e 47 da Lei 8.666/93, estabelece que o edital publicado na licitação vinculará a administração e as

---

<sup>25</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 29

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria de. BATISTA DOS SANTOS, Marcia Walquiria. D’AVILA, Vera Lucia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.49.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 347; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit., p. 361; PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 11; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 30.

<sup>28</sup> Para alguns autores, o princípio da probidade é considerado a moralidade administrativa qualificada, como por exemplo, José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso.

<sup>29</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. Cit., p. 531.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit. p. 365

partes a cumprir o estabelecido, pois a inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório desencadeia a nulidade do procedimento licitatório<sup>31</sup>

Por fim, com relação ao princípio do julgamento objetivo, que possui vinculação com a igualdade, verifica-se que o julgamento das licitações obedecerá critérios objetivos de escolha, que deverão estar dispostos no instrumento convocatório, sob pena de nulidade do procedimento. Esse princípio, além de encontrar-se no Art. 3º da Lei 8666/93, também se encontra nos Art. 44<sup>32</sup> e 45<sup>33</sup> do mesmo dispositivo legal.<sup>34</sup>

Após definir a questão principiológica das licitações, passa-se, neste momento, a conceituar as modalidades de licitação e as possibilidades de dispensa e inexigibilidade delas. Existem cinco modalidades de licitação que estão estabelecidas no Art. 22 da Lei 8.666: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Entretanto, cumpre destacar que, atualmente, existe uma nova modalidade de licitação, que é o pregão, além da do regime diferenciado de contratações públicas.

A concorrência, segundo a definição legal, é a “modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”, conforme estabelecido no § 1º do Art. 22 da Lei Geral de Licitações. Assim, a modalidade concorrência é utilizada genericamente para obras de grande monta, pois são contratações importantes, ora pelo alto valor, ora pela especificidade de suas características.<sup>35</sup>

A modalidade tomada de preço, segundo §2º do Art. 22 da Lei de Licitações, é “a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. A atual redação acabou por alterar muito o conceito de tomada de preço, tendo em vista que, hoje, além de possibilitar a participação dos licitantes previamente habilitados (nos moldes do Art. 34 da Lei 8666), ela possibilita a

---

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 366; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 579; PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 18; MEIRELLES, Hely Lopes *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 37.

<sup>32</sup> Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

<sup>33</sup> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

<sup>34</sup> PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 19; MEIRELLES, Hely Lopes *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 36; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 367; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 580; GASPARI, Diógenes. Op. Cit., p. 532 e 533.

<sup>35</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., p. 102; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 618; MEDAUAR. Odete. Op. Cit., p. 183.

participação daqueles que realizarem o cadastramento (preenchendo as condições exigidas) até o terceiro dia anterior à data das propostas.<sup>36</sup>

Já o convite consiste em uma modalidade licitatória mais simples, que é realizada sem a exigência de edital, onde a convocação dar-se-á por carta-convite, para no mínimo três interessados do ramo, com a antecedência de no mínimo cinco dias do recebimento das propostas. A base legal do convite encontra-se no Art. 23, § 3º da Lei n. 8.666/93.<sup>37</sup>

A modalidade licitatória chamada concurso é a modalidade prevista no §4º do Art. 22, da Lei 8.666/93, o qual prevê que concurso é a modalidade de licitação entre interessados, visando a escolher o melhor trabalho técnico, científico ou artístico, conforme determinações do edital, que deverá ser publicado com antecedência mínima de 15 dias. Salienta-se que a remuneração dar-se-á através de instituição de prêmios, que poderá ter valor econômico ou poderá constituir-se em honraria de natureza diversa.<sup>38</sup>

Acerca da modalidade licitatória do leilão, pode-se dizer que é a modalidade utilizada visando selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública quando esta necessitar vender ou alienar seus bens móveis inservíveis, imóveis (Art. 19) ou produtos apreendidos ou penhorados, conforme preceitua o Art. 22, § 6º da Lei 8.666/93.<sup>39</sup> Trata-se de um procedimento célere, oral e que estimula a competitividade entre os interessados.

Uma das novas modalidades de licitação, criada pela Medida Provisória n. 2.026/00 e disciplinada pela Lei n. 10.520/02, é o pregão. Essa modalidade, criada com o intuito de reduzir as formalidades e aumentar a celeridade dos certames licitatórios, pode ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns<sup>40</sup> que possam ser qualificados e determinados no edital. A inovação está relacionada com a disputa dos licitantes, a qual deverá ser feita por propostas (lances) em uma sessão pública, que poderá ser presencial ou eletrônica.<sup>41</sup> Quanto ao âmbito de aplicabilidade, pode-se dizer que o pregão é uma modalidade que poderá substituir qualquer uma das outras modalidades (concorrência/ tomada de preço/ convite),

---

<sup>36</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 627; PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 68

<sup>37</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 627; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 392; PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 73; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 91; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 571

<sup>38</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 93; ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 630; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 393 e 394.

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 394; ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 631; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 525

<sup>40</sup> São considerados bens e serviços comuns aqueles bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado (§1 do Art. 1º da Lei nº 10.520/02).

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 394; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 96 e 97; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 527

independentemente do valor da obra ou serviço, desde que o objetivo seja a aquisição de bens ou serviços comuns.<sup>42</sup>

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu Art. 37, XXI, a obrigatoriedade de se realizar licitação pública no Brasil, com exceção dos casos de dispensa e inexigibilidade, que estão previstos na legislação.<sup>43</sup>

A dispensa será utilizada quando, embora haja possibilidade de competição entre os licitantes, a lei faculte a utilização dela (licitação dispensável – o administrador poderá optar), em razão de inconveniência ao interesse público. Por outro lado, existem alguns casos, onde a própria lei obriga que seja realizada a dispensa de licitação, não sendo facultado ao administrador fazer ou não (licitação dispensada).<sup>44</sup> Salienta-se, ainda, que os casos de dispensa são taxativos e estão estabelecidos no Art. 24 da Lei Geral de Licitações.

Por outro lado, a inexigibilidade é utilizada quando não há viabilidade de realizar competição, em razão da natureza do negócio ou característica peculiar do contratante, conforme está disposto, de forma exemplificativa, no Art. 25 da Lei Geral de Licitações.<sup>45</sup> Em síntese, “falta o pressuposto da competição” para a realização do certame.<sup>46</sup>

Por fim, cumpre fazer referência acerca do Art. 26 da Lei Geral de Licitações, o qual prevê que tanto em casos de dispensa como inexigibilidade, o gestor público deverá, necessariamente justificar e motivar o seu ato que ensejou a dispensa ou inexigibilidade, demonstrando de forma concreta a utilização de uma das hipóteses do Art. 24 e 25 da Lei Geral de Licitações.<sup>47</sup>

### **3 O Regime diferenciado de contratações públicas**

Após o Brasil ser escolhido para sediar a Copa do Mundo de 2014 e, em consequência, a Copa das Confederações de 2013, e as Olimpíadas de 2016, o país assumiu

---

<sup>42</sup> PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 85.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 107; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 370; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 101; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.153.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 387; PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 110; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 101; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 287; MORAES, Alexandre. Op. Cit., p.154.

<sup>45</sup> PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 148; ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 605 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 113; MORAES, Alexandre. Op. Cit., p.155.

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit., p. 376.

<sup>47</sup> PALAVÉRI, Marcelo. Op. Cit., p. 148; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 385; MORAES, Alexandre. Op. Cit. p.154.

um compromisso de realizar esses eventos da melhor forma possível, mesmo que isso demandasse muito trabalho, o que já era previsto.<sup>48</sup>

Em virtude desta decisão, surgiu a necessidade de criar um instrumento que proporcionasse mais agilidade para as contratações públicas no país, visto que a Lei Geral de Licitações estava deixando a desejar nesse aspecto, em razão da sua excessiva burocracia e morosidade.<sup>49</sup> Logo, em 05 de agosto de 2011, foi criada um novo procedimento licitatório, denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, através da Lei nº 12.462, que foi fruto da conversão da Medida Provisória nº 527.<sup>50</sup> Com efeito, frisa-se que o RDC não revogou nenhuma disposição das leis anteriores, mas acresceu nova modalidade às já existentes, estabelecendo um novo regime para um conjunto limitado de licitações.<sup>51</sup>

A finalidade da criação do RDC, inicialmente, foi para as contratações das obras referentes à Copa das Confederações em 2013, à Copa do Mundo de 2014, às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, bem como as obras de infraestrutura de aeroportos das Capitais dos Estados localizados até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede das competições citadas.<sup>52</sup> Entretanto, imperioso referir, desde já, que várias atualizações foram feitas através de outras medidas provisórias, que culminaram por alterar significativamente o texto original do RDC, o que será analisado na sequência.

A aplicação do RDC, conforme estabelecido no texto original, gerou bastante controvérsia entre os doutrinadores, principalmente no que tange ao seu período de vigência. A maioria da doutrina, até 2012, entendia que a vigência do RDC seria temporária, ou seja, o RDC seria extinto após a ocorrência dos eventos esportivos.<sup>53</sup> No entanto, após as alterações na sua incidência, trazidas pelas leis 12.688/12, 12.722/12 e 12.745/12, o entendimento

---

<sup>48</sup> ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 639 e 640; ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15.

<sup>49</sup> ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 640; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ROSILHO, André Janjácomo. *Existe Licitação para além da Lei 8.666/93?*. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990\\_Guilherme\\_e\\_Andre\\_Existencia\\_licitacao\\_para\\_além\\_da\\_8666\\_-\\_v..pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990_Guilherme_e_Andre_Existencia_licitacao_para_além_da_8666_-_v..pdf)> Acesso em: 15/07/2014.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 421.

<sup>51</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., p. 42; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 640.

<sup>52</sup> ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 641; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., 2014. p. 421; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 18.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., 2014. p. 421; ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em: <[http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60\\_Ricardo\\_e\\_Vitor\\_RDC.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf)>. Acesso em: 07/06/2014.

doutrinário acerca do tema modificou-se. Hoje, o RDC, conforme Art. 1º da Lei 12.462/11, além de incidir sobre as obras da copa, também poderá ser aplicado nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), na realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, bem como nas obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.<sup>54</sup>

A grande problemática com o que os doutrinadores administrativistas se deparam é que o RDC foi criado com a característica de urgência e temporariedade<sup>55</sup>. Todavia, em virtude destas alterações na incidência, verifica-se que, cada vez mais, o regime criado em caráter de exceção está se tornando regra, em razão da preferência dada pelos gestores.<sup>56</sup> Contudo, é pertinente observar que existem duas ações de inconstitucionalidade discutindo a permanência do RDC no sistema jurídico brasileiro, sendo que os argumentos de ambas serão analisados neste trabalho, no próximo capítulo.

Por outro lado, no que tange aos princípios perseguidos pelo RDC, conforme rol estabelecido no Art. 3º da Lei 12.462/11 tem-se o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Visto isso, percebe-se que os princípios a serem perseguidos são praticamente os mesmos da Lei Geral de Licitações, a salientar que a única diferença trazida é a previsão expressa dos princípios da eficiência e da economicidade.<sup>57</sup>

Nesse contexto, para que se cumpra os objetivos e princípios instituidores do RDC foram criados instrumentos (dispositivos) que poderão tornar possível a consecução do que fora estabelecido. Dentre as inovações trazidas pelo RDC, a fim de otimizar as licitações, visualizam-se dispositivos que versam sobre: caráter sigiloso do orçamento, a possibilidade de escolha da marca ou modelo, a preferência para utilização da contratação integrada, a remuneração variável, a possibilidade de contrato de eficiência e a inversão de fases.<sup>58</sup>

Salienta-se, por oportuno, que alguns dos dispositivos não serão analisados exaustivamente neste capítulo, apenas serão elucidados de forma sucinta os prontos

---

<sup>54</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit., 2014. p. 421; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 640 e 641.

<sup>55</sup> ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 641.

<sup>56</sup> CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. *Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência*. Revista controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Volume X. nº 2-Jul/Dez 2012. Disponível em: < <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2061-artigo-9-regime-diferenciado-de-contratacoes-breves-comentarios-a-excecao-que-virou-tendencia?Itemid=592>> . Acesso em: 15/07/2014.

<sup>57</sup> Nas Licitações de maneira geral já se observa esses princípios, pois são pressupostos gerais da administração pública, eles só não estão positivados expressamente.

<sup>58</sup> CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Op. Cit..

principais, pois é no terceiro capítulo que será tratado cada ponto em que haja possível inconstitucionalidade material no RDC.

A primeira, e mais polêmica, é relacionada com o sigilo orçamentário. Fortemente debatida, é um dos pontos principais da Ação de Inconstitucionalidade nº 4.645, a qual entende que o sigilo orçamentário violaria o princípio da publicidade.

O princípio da publicidade, conforme abordado anteriormente, prevê o acesso e a participação da população nas atividades da administração, a ressaltar que para a Administração Pública brasileira a publicidade dos atos é regra, sendo o sigilo somente permitido em caráter de exceção. Tanto o é, que, nas contratações regidas pela Lei 8.666/93, a revelação do preço é uma informação obrigatória e básica dentro do processo licitatório.<sup>59</sup>

No caso do Regime Diferenciado das Contratações públicas pode-se dizer que a aplicação do princípio da publicidade é relativa, em razão do exposto no §3º do Art. 6º da Lei 12.462/11, o qual estabelece que “se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput<sup>60</sup> deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”<sup>61</sup>.

Deste modo, verifica-se que o orçamento estimado só será divulgado após a realização da licitação, exceto nos casos de julgamento por maior desconto (§1º do Art. 6º), e quando o tipo de licitação for de melhor técnica (§2º do Art. 6º). Assim, o §3º do mesmo dispositivo dá a entender que se não constar no instrumento convocatório, conforme hipóteses acima, o orçamento ficará sigiloso até o final da licitação, sendo disponível, durante ela, apenas para os órgãos de controle.<sup>62</sup>

A segunda alteração trazida pela Lei 12.462/11 é a possibilidade de escolha de marca e modelo nas licitações aplicáveis ao RDC, o que não é previsto nas licitações e contratos regidos pela Lei Geral de Licitações, salvo em caso de necessidade, conforme preceitua o Arts. 7, § 5º<sup>63</sup> e 15, § 7º, I da Lei 8.666/93.<sup>64</sup> Com efeito, a previsão do RDC encontra-se no

---

<sup>59</sup> CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Op. Cit..

<sup>60</sup> Art. 6º da Lei. 12. 462/2011: “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”.

<sup>61</sup> Art. 6º caput e §3º da Lei 12.462/11.

<sup>62</sup> ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 645; REZENDE, Renato Monteiro de. *O regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925\\_Relatorio\\_-\\_Assessoria\\_Legislativa\\_do\\_Senado\\_-\\_Renato\\_Rezende.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatorio_-_Assessoria_Legislativa_do_Senado_-_Renato_Rezende.pdf). Acesso em: 15/07/2014.

<sup>63</sup> Lei n. 8666/93. Art. 7º [...] § 5o É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Art. 7º, I, “a” “b” e “c” da Lei n. 12.462/11, cujo preceito autoriza a indicação de marca ou modelo, nas aquisições de bens, desde que justificada com base: (a) na necessidade de padronização, (b) quando marca/modelo for a única capaz de atender às necessidades; ou (c) quando a descrição do objeto puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo para servir de referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.<sup>65</sup>

Nessa esteira, alguns doutrinadores entendem não haver distinção na Lei 8.666/93 para a Lei 12.462/11, no âmbito da indicação marca ou modelo. Isso ocorre, pois, nos casos da Lei 8.666/93 em que a administração só puder alcançar o interesse público com a aquisição de um bem de uma marca ou modelo específico, havendo justificativa razoável, a regra que veda a especificação de marca não será aplicada.<sup>66</sup> Assim, tanto no RDC como na Lei 8.666, ocorrerá a escolha da marca ou modelo, se houver necessidade para a administração e a devida fundamentação.

Outra modificação trazida pela Lei 12.462/11, que não se encontra prevista na Lei Geral de Licitações, é a possibilidade da contratação integrada. Entretanto, embora não haja previsão na Lei Geral de Licitações, a contratação integrada não é nova no direito brasileiro, pois o Decreto n. 2.745/98, que trata do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás, traz essa possibilidade, desde que a sua aplicação seja economicamente favorável.<sup>67</sup>

A contratação integrada, prevista no Art. 8º da Lei 12.462/11, consiste no fato da mesma empresa realizar os projetos básico e executivo e ainda realizar a execução da obra, dependendo, a sua aplicação, de justificativa prévia.<sup>68</sup> Ademais, além de trazer a inovação da contratação integrada, a Lei 12.462/11, no §1º do Art.8º, ainda trouxe um sistema de preferência para contratação integrada, empreitada por preço global e empreitada integrada.

A quarta modificação trazida pela Lei do RDC é com relação à remuneração variável, que não é permitida na Lei Geral de Licitações, conforme estabelecido no Art. o Art.

---

<sup>64</sup> Lei n. 8666/93. Art. 15 [...]§ 7o Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; [...].

<sup>65</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. Op. Cit..

<sup>66</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.20.

<sup>67</sup> Decreto n. 2.745/98. 1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

<sup>68</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. Op. Cit.; ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 646.

55, III, da Lei 8.666/93, o qual estabelece que todo contrato deve conter cláusula que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

A remuneração variável, prevista no Art. 10, caput, da Lei 12.462/11, consiste na possibilidade da remuneração possuir vinculação com o desempenho da empresa contratada. Ou seja, permite o estabelecimento, de forma justificada e vinculada<sup>69</sup>, do recebimento pela empresa contratada de “bônus”, de acordo com o seu trabalho, o que deve ser aferido por metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega.<sup>70</sup> No entendimento de REZENDE:

A Lei não descreve suficientemente bem como seria essa sistemática de remuneração variável, remetendo sua disciplina ao edital e ao contrato. Tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta. [...]pode-se questionar a criação de um regime como esse, sob a perspectiva de que ele tornaria a inexecução do objeto um evento normal e sujeito a uma disciplina específica no tocante à remuneração do contratado, quando na verdade a inexecução do contrato, ainda que parcial, deve ser vista como uma falta, punível na forma da lei. Ademais, a previsão do limite orçamentário fixado pela Administração como teto para os pagamentos permite interpretações de que a remuneração poderia exceder o valor da proposta vencedora (considerando-se que o valor da proposta vencedora deve ser inferior ao valor orçado), deixando aberta a possibilidade de fraudes.<sup>71</sup>

O contrato de eficiência, outro mecanismo inovador trazido pela lei 12. 642/11, também vincula a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro, tendo a sua previsão legal no Art. 23 e seus parágrafos da Lei nº 12.642/11. Nele, diferentemente do contrato de remuneração variável, há um dever do contratado em propiciar economia para a Administração Pública, sendo que a remuneração irá variar conforme o resultado obtido. Já no contrato de remuneração variável, o contratado poderá ter seu pagamento acrescido de um “plus”, se tiver suas metas atingidas. Sobre o contrato de eficiência, DI PIETRO estabelece que:

---

<sup>69</sup> AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89.

<sup>70</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. Op. Cit.; CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Op. Cit..

<sup>71</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. Idem.

“Não é muito fácil entender como se concretizará a apresentação das propostas para esse tipo de julgamento. Tanto a elaboração do instrumento convocatório como a apresentação das propostas e seu julgamento exigirão conhecimentos técnicos altamente especializados. Isto porque o Regulamento exige que o instrumento preveja parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado (Art. 36, §3º)”<sup>72</sup>

O próximo mecanismo de inovação é a inversão de fases, que se encontra positivado no art. 12 da Lei 12.462/11 e estabelece que, de regra geral, no RDC, diferentemente do que ocorre na Lei Geral de Licitações, a fase de habilitações ocorrerá após o julgamento das propostas, como, por exemplo, ocorre com o pregão. Porém, embora a regra geral no RDC seja o julgamento anterior à habilitação, existem exceções à essa regra, cujo preceito encontra-se no §1º do Art. 12 da Lei 12.462/11. De tal modo, há possibilidade de haver, no RDC, a fase da habilitação anteriormente à fase do julgamento, como ocorre normalmente nas licitações previstas pela Lei Geral de Licitações, desde que haja ato motivado do gestor público.<sup>73</sup>

Por fim, a última inovação trazida pela Lei 12.642, que será explorada neste trabalho, cuja finalidade é agilizar o procedimento licitatório, é a unicidade da fase recursal (Art. 27). Na Lei 8.666/93, há a possibilidade de interposição de recurso durante todo o procedimento licitatório, já no Regime Diferenciado, como regra geral, haverá uma única fase recursal, ou seja, somente após a habilitação, mediante manifestação do recorrente no ato. Todavia, cumpre referir que quando há inversão de fases no regime diferenciado, onde a fase de habilitação será anterior à fase de julgamento (como é a regra geral da Lei geral de Licitações), não haverá fase recursal única, podendo, os particulares, interporem recurso a qualquer momento.<sup>74</sup>

#### **4 A (in) constitucionalidade formal e (ou) material do Regime Diferenciado de Contratações Públicas no Brasil**

De acordo com o previsto no art. 1º, parágrafo 1º, inciso I da Lei nº 12.462/11, o RDC, como já abordado anteriormente, foi criado com a finalidade de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, em razão da necessidade de

---

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., 2011. p. 452.

<sup>73</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. Op. Cit.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., 2011. p. 464; CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Op. Cit.

agilizar as contratações para a Copa do Mundo e outros eventos esportivos que ocorrerão no país.

Dentre as inovações trazidas por este regime, pode-se dizer que várias delas são positivas e poderiam fazer parte da Lei 8.666/93. Entretanto, embora já houvesse uma proposta de alteração da Lei Geral de Licitações pendente de deliberação pelo Senado Federal, o Poder Público preferiu utilizar-se da via mais rápida, através do processo legislativo das medidas provisórias, criando, assim, uma nova lei para reger as licitações destinadas aos eventos esportivos que iria sediar.<sup>75</sup>

Com o surgimento do que pode até ser denominada uma nova modalidade de licitação, nasceram vários questionamentos a respeito de sua inconstitucionalidade. A despeito do RDC, existem, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 4645 (promovida pelos partidos políticos – PSDB, DEM e PPS), e nº 4655 (proposta pelo Procurador Geral da República). Estas ações questionam a inconstitucionalidade material e formal da Lei 12.462/11, cujos fundamentos serão abordados e discutidos neste momento.

No entanto, importante referir, antes da análise dos argumentos em si, que a ADI nº 4655 fora distribuída por prevenção ao ministro Luiz Fux, em razão de ele já haver recebido a ADI nº 4645. Ambas as ações diretas de inconstitucionalidade, até a data do presente trabalho, encontram-se aguardando julgamento, embora tenham a sua tramitação pelo rito previsto no Art. 12 da Lei 9.868.<sup>76</sup>

Primeiramente, cumpre destacar que a Constituição Federal disciplina os modos de produção das leis e demais atos, através de normas que definem a competência e o procedimento legislativo. Assim, a inconstitucionalidade formal ocorreria em decorrência de um vício no processo de elaboração de uma lei, ou seja, da criação de um ato legislativo em desconformidade com as normas de competência ou dos procedimentos estabelecidos para que ocorra o devido processo legislativo. Os principais argumentos acerca da inconstitucionalidade formal do RDC são referentes ao procedimento de sua criação e a competência do legislador federal para tanto.

---

<sup>75</sup> REZENDE. Renato Monteiro de. Op. Cit.; MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 18.

<sup>76</sup> Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. [...] Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

A respeito do procedimento para a criação, refere-se que a Lei 12.462/11 é oriunda da Medida Provisória (MPV) nº 527, de 2011, a qual, em seu texto original, limitava-se a tratar: (a) da organização da Presidência da República e dos Ministérios; (b) criava a Secretaria de Aviação Civil, (c) promovia as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal e; (d) autorizava a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo.<sup>77</sup> Entretanto, durante a tramitação da MPV na Câmara dos Deputados, houve a apresentação do projeto de lei de conversão que acrescentou um conjunto de disposições sobre o RDC, o que causou grandes discussões doutrinárias.<sup>78</sup>

O Procurador Geral da República, Roberto Gurgel (ADI nº 4655), refere que a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (Art. 59 e 62 da CF) e o princípio da separação dos poderes (Art. 2º, da CF). Isso porque é da iniciativa exclusiva do Presidente da República decidir quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio.

Contribuindo para esse entendimento, os advogados do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e do Partido Popular Socialista - PPS na ADI nº4645, estabelecem que a MPV n. 527 deixa evidente que o Executivo legisla ordinariamente por meio de MPV em flagrante desrespeito à Constituição Federal. Tendo em vista a violação do Art. 62 da Constituição Federal, é possível perceber o direcionamento pela inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 527 e, por conseguinte, da Lei nº 12.462, de 2011.<sup>79</sup>

Verifica-se, ainda, que há violação dos incisos I e II do Art. 7 da Lei Complementar nº 95/1998. Com efeito, a referida Lei Complementar busca evitar que matérias diversas componham um mesmo texto de lei<sup>80</sup>, “o que ocorre in casu, já que não há como estabelecer um vínculo material entre normas de licitações dirigidas a diversos entes da Federação e a alteração da estrutura administrativa do Poder Executivo federal”<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Op. Cit.

<sup>78</sup> REZENDE. Renato Monteiro de. Op. Cit.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014

<sup>80</sup> REZENDE. Renato Monteiro de. Op. Cit.

<sup>81</sup> Idem.

Por outro lado, no que se refere à inconstitucionalidade formal por vício de competência é importante referir que o Art. 22, XXVII da Constituição Federal prevê que a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações, em todas as modalidades. Deste modo, para compreender onde se encontra o vício de competência, é preciso compreender o conceito de norma geral, o que já foi alvo de grandes debates. Considerando a dificuldade em conceituar norma geral, verifica-se que é clássica a definição de Carvalho Pinto, mesmo que numa perspectiva negativa:

- a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;
- b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie;
- c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.<sup>82</sup>

Dito isso, observa-se que, no que tange ao vício de competência na criação da Lei 12.462/11, o RDC não se compõe de normas gerais:

[...] as que se impõem a apenas algumas pessoas jurídicas de direito público ou que visam, particularizadamente, determinadas situações, a Lei nº 12.462, de 2011, não pode ser considerada como composta por normas gerais. Ela estabelece disciplina diferenciada para os certames e contratos necessários à realização dos mencionados eventos desportivos (perspectivas objetiva e temporal). Não fixa normas que regulariam as licitações e contratos dos entes federados em geral, mas apenas daqueles onde serão realizados os eventos e construída a infraestrutura necessária à sua realização (perspectivas subjetiva e espacial). A proposição é, pois, limitada em quatro dimensões: objetiva, subjetiva, temporal e espacial.<sup>83</sup>

De tal modo, se as normas contidas na Lei 12.642/11 não são normas gerais, o legislador federal acaba por não possuir competência para criá-las. Ou seja, normas de licitação que são editadas pela União e não se qualificam como gerais só poderão ser dirigidas à administração pública federal, o que não é o caso do RDC.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 41.

<sup>83</sup> REZENDE. Renato Monteiro de. *Op. Cit.*.

<sup>84</sup> Idem.

Sobre a inconstitucionalidade material, é possível dizer que ela consistiria na expressa incompatibilidade do conteúdo de uma legislação frente ao estabelecido pela Constituição Federal. Se houver inconstitucionalidade material não haverá possibilidade da referida lei, tida como inconstitucional, continuar a existir, pois ela está violando norma maior, que é a Constituição.<sup>85</sup> Os principais argumentos acerca da inconstitucionalidade material da Lei 12.462/11, os quais são questionados pela ADI nº 4645 e ADI n.º 4655, são referentes ao sigilo orçamentário e a preferência dada para a contratação integrada.

O dispositivo que prevê o sigilo orçamentário, também chamado de orçamento secreto, é um dos pontos mais questionados do RDC. Os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade deste dispositivo o fazem com base na violação do princípio da publicidade, em razão da existência do Art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal. O referido dispositivo prevê que todos os cidadãos possuem direito de receber informações acerca da administração pública, excetuados os casos onde o sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Aludem, portanto, que o RDC não está obedecendo este dispositivo, pois traz o sigilo como regra, e não como exceção, conforme prevê a Constituição.<sup>86</sup>

Sustentam, ainda, que na democracia os órgãos de controle externo não podem atuar como substitutos da sociedade, mas, sim, em nome dela. Já que “quanto mais organizada a sociedade, maior o controle democrático que pode, e deve, exercer sobre a Administração Pública e os próprios órgão de controle formal.”<sup>87</sup>

Nesse mesmo entendimento, mas com outra fundamentação, outros doutrinadores sustentam que a nova regra é inconstitucional. Alegam o confronto com base no Art. 40, §2º, II, no Art. 44, §1º, bem como no Art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93.<sup>88</sup>

De outro lado, para os autores que defendem a constitucionalidade do referido regime, não há problemas relacionados ao sigilo orçamentário, pois, o fundamento justificável do sigilo também se encontra no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF. Porém, para eles, contratações de altíssimo vulto encaixar-se-iam dentro da exceção ao princípio da publicidade, como é o caso das contratações que serão realizadas para esses eventos, tudo isso:

---

<sup>85</sup> MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 491.

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual. até a lei nº 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

<sup>87</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 18.

<sup>88</sup> REZENDE. Renato Monteiro de. Op. Cit..

[...] a fim de evitar que a publicação da prévia orçamentária da Administração Pública sirva de parâmetro de oferta de preço do próprio licitante, o que aumentaria ainda mais os valores destes contratos, podendo comprometer o princípio constitucional da eficiência visado por tais contratações. Além disso, há de se destacar que a publicidade far-se-á sempre presente pela Lei nº 12.462/11, porém em tempo oportuno, após o encerramento da licitação, sendo certo que, nos termos do § 3º do Art. 6º da Lei, os órgãos de controle terão irrestrito acesso a tais informações.<sup>89</sup>

Outro ponto que é discutida a inconstitucionalidade da Lei 12.462/11 é relacionado à adoção preferencial dada ao regime de contratação integrada, que se encontra no Art. 8º, §5º e Art. 9º, §1º da Lei 12.462/11. A contratação integrada, como já abordada anteriormente, consiste no fato de concentrar em um único contratante a elaboração dos projetos básico e executivo e a execução das obras. A administração, com a contratação integrada, tem como resultado a sua dispensa em elaborar os projetos, o que permite a avaliação do melhor custo para a execução do contrato, a ferir, para os doutrinadores, a finalidade competitiva das licitações.<sup>90</sup>

A referida previsão, para alguns juristas, contraria alguns dispositivos (Art. 7º, §2º, I e II e Art. 40, §2º, I e II) da Lei 8666/93, incidindo, assim, em problemas de inconstitucionalidade formal e material:

Formalmente, o dispositivo contraria normas da Lei nº 8.666, de 1993, mais precisamente: a) o art. 7º, § 2º, I e II, de acordo com o qual as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, e existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; b) o art. 40, § 2º, I e II, segundo o qual constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos. Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do RDC, pode conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público. Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei nº 12.462/2011. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.8, n.1, p.67-82, jan./abr.2013.

<sup>90</sup> ARAÚJO. Edmir Netto de. Op. Cit., p. 646.

<sup>91</sup> REZENDE. Renato Monteiro de. Op. Cit.

Por outro lado, para outros estudiosos, o fato de haver a transferência da elaboração do projeto básico ao particular, ficando a administração apenas com o anteprojeto de engenharia, eliminaria o risco de custo excessivo (caso houvesse falhas no projeto realizado pela administração), tornando, assim, o certame mais ágil.

Para Jurksaitis, que adota posicionamento favorável, a transferência do projeto ao particular não é novidade, pois algo semelhante acontece quando:

[...] se licita uma concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse caso, o edital também não contém um projeto básico da futura obra. E o motivo é simples. Ao invés de jogar para o licitante o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, a administração transfere a ele todos os riscos do projeto e de realização da obra. Assim, tanto a contratação integrada como as concessões atribuem ao particular os riscos inerentes à plena execução do que foi contratado. Por essa razão, a contratação integrada tentou ser mais restritiva em relação aos aditivos contratuais (art. 9º, § 4º). Ao transferir a elaboração do projeto básico para o particular, abre-se a possibilidade de soluções diferentes para a execução da obra, que podem ser mais econômicas e eficientes. O julgamento, nesses casos de contratação integrada, deverá obrigatoriamente ser por técnica e preço (art. 9º, § 2º, III), adotando-se critérios objetivos previstos pelo edital.<sup>92</sup>

Deste modo, após ter abordados os principais aspectos de inconstitucionalidade (formal e material) do RDC, cabe agora, esperar o julgamento das ADIs que já contam com pareceres contrários da Advocacia-Geral da União e encontram-se aguardando julgamento no pleno do STF.

## **5 Considerações finais**

De acordo com o desenvolvimento do presente trabalho é possível elencar as seguintes conclusões:

- I. O Estado, a fim de cumprir o seu objetivo primordial, atua através dos órgãos da sua administração e em muitas situações necessita realizar obras, ofertar serviços e adquirir bens, bem como aliená-los. Para isso, a administração pública necessita realizar, em incontáveis situações, contratações, as quais devem ser precedidas de licitação.
- II. Após o Brasil ser escolhido para sediar grandes eventos esportivos, passou a ser imprescindível a realização de obras de infraestruturas que suprissem a demanda

---

<sup>92</sup> JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93*. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 16 de junho. 2014.

desses eventos. Logo, considerando que a Lei Geral de Licitações é tida como burocrática e morosa, surgiu a necessidade de criar um instrumento que proporcionasse mais agilidade às contratações públicas realizadas.

- III. Inicialmente, a finalidade da criação do RDC foi para as contratações das obras referentes aos grandes eventos esportivos que ocorreriam no país. Entretanto, após diversas alterações legislativas, houve a ampliação da incidência do referido regime, o qual passou a ser utilizado, também, para obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), bem como nas obras de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.
- IV. As principais novidades trazidas pelo RDC versam sobre caráter sigiloso do orçamento, a possibilidade de escolha da marca ou modelo, a preferência para utilização da contratação integrada, a remuneração variável, a possibilidade de contrato de eficiência e a inversão de fases.
- V. Com a vigência do RDC, surgiram diversas discussões atinentes à inconstitucionalidade (formal e/ou material) do RDC, as quais foram encaminhadas à análise do judiciário (ADI nº 4655 e ADI nº 4645), entretanto pendentes de julgamento hodiernamente, embora tenham a sua tramitação pelo rito do Art. 12 da Lei 9.868/99.
- VI. A discussão sobre a inconstitucionalidade formal ocorre em virtude da inobservância do devido processo legislativo, em razão do procedimento utilizado para sua criação, bem como a incompetência do legislador federal para criá-la.
- VII. O fato de haver inclusão de matéria estranha à tratada no texto original da MPV, em função da inclusão do RDC durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados, contrariou preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Com efeito, tendo em vista a violação dos Arts. 59 e 62 da CF, bem como os incisos I e II do Art. 7 da Lei Complementar nº 95/1998, merece o RDC ser declarado inconstitucional, por vício no devido processo legislativo.
- VIII. Por outro lado, em que pese haver vício no procedimento utilizado para sua criação, o RDC foi criado enquanto norma geral. Logo, merece ser declarado, também por esse motivo, inconstitucional. A violação ocorre em razão da existência do Art. 22, XXVII da Constituição Federal, o qual prevê que a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitações, assim, considerando que as normas contidas na Lei 12.642/11 não contemplam normas gerais, o legislador federal acaba por não possuir competência para criá-las.

- IX. Os dispositivos que tem a sua inconstitucionalidade material mais discutida, segundo a maioria da doutrina, são o sigilo orçamentário e a contratação integrada.
- X. Quanto ao sigilo orçamentário não há o que se falar em inconstitucionalidade. As contratações realizadas pelo RDC apenas permitem a não publicidade dos orçamentos durante o certame licitatório. Ademais, a publicação prévia pode servir de parâmetro para as ofertas dos licitantes, o que não é interessante para a administração, até mesmo porque se trata de prática corriqueira nas licitações. Além do mais, após o encerramento da licitação, haverá a divulgação do orçamento.
- XI. Sobre a adoção preferencial dada ao regime de contratação integrada também não há o que se falar em inconstitucionalidade. Dado que a sua utilização propicia maior agilidade ao certame licitatório, pois havendo a transferência na elaboração do projeto básico ao particular, evitar-se-á que a administração, sem experiência no ramo, cometa falhas no projeto, eliminando, assim, o custo excessivo e tempo demorado. Nessa esteira, é importante que se diga que essa transferência do projeto ao particular não é novidade, tendo em vista que na concessão de serviço público, precedida de obra pública, algo semelhante à contratação integrada acontece. Não se perscruta afronta aos princípios constitucionais informadores do regime jurídico de direito administrativo.
- XII. A importância de discutir-se o tema debatido neste artigo, qual seja, a possível inconstitucionalidade do RDC, é de extrema relevância na atualidade. Isso ocorre em razão de haver a aplicação demasiada do referido regime, muitas vezes em situações atípicas, quando comparada ao texto original, o que se deve ao fato da ampliação de sua incidência, bem como por não haver posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

## Referências

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em: [http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60\\_Ricardo\\_e\\_Vitor\\_RDC.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf). Acesso em: 07/06/2014;

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

AURÉLIO, Bruno. *A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas –*

RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Lajouane & cia, 1929;

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2013;

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.462*, de 05 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2014;

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2014;

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória n. 527*, de 18 de março de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2014;

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014;

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.655*. Relator: Ministro Luiz Fux. Entrada no STF em: 09-09-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2014;

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atualizada até a lei nº 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012;

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

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. *Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência*. Revista controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Volume X. nº 2- Jul/Dez 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2061-artigo-9-regime-diferenciado-de-contratacoes-breves-comentarios-a-excecao-que-virou-tendencia?Itemid=592>> . Acesso em: 15/07/2014;

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Breves Notas Sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). In: CAMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves;

VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos Fundamentais. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014;

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967;

CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & cia, 1914;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011;

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014;

\_\_\_\_\_. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria de. BATISTA DOS SANTOS, Marcia Walquiria. D'AVILA, Vera Lucia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011;

JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ROSILHO, André Janjácomo. *Existe Licitação para além da Lei 8.666/93?*. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990\\_Guilherme\\_e\\_Andre\\_Existe\\_licitacao\\_para\\_alem\\_da\\_8666\\_-\\_v..pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/990_Guilherme_e_Andre_Existe_licitacao_para_alem_da_8666_-_v..pdf)> Acesso em: 15/07/2014;

\_\_\_\_\_. *RDC: uma Resposta à Ditadura Conservadora da 8.666/93*. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/regime-diferenciado-de-contratacoes-posicao-favoravel/9492>>. Acesso em 16 de junho. 2014;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008;

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

MACHADO, João de Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*. Coimbra, 1937;

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2006;

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006;

MORANO, Cintia Barudi. *O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei nº 12.462/2011*. Revista do Direito Público, Londrina, v.8, n.1, p.67-82, jan./abr.2013;

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. – *Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012;

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira; FREITAS, Rafael Vêras de. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 9-36, out/dez. 2011;

PALAVÉRI, Marcelo. *Municípios e Licitações Públicas*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003;

REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.642, de 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>. Acesso em: 04/06/2014;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

ZOCKUN, Maurício. *Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012;