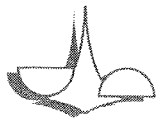


**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O **PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB**, o **DEMOCRATAS - DEM**, e o **PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS** todos com registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral e representação parlamentar no Congresso Nacional, o primeiro com sede no SGAS Q.607, Ed. Metrópolis, Mód. B Cobertura 2, Asa Sul, Brasília/DF, por seu presidente nacional, Deputado Federal Sérgio Guerra (PSDB/PE), o segundo com sede no Senado Federal, Anexo 1, 26º andar, Praça dos Três Poderes, Brasília/DF, por seu presidente nacional, Senador José Agripino Maia (DEM/RN), e o terceiro com sede no SCS, Quadra 07, Bloco A, Ed. Executive Tower, salas 826/828, Brasília/DF, por seu presidente nacional, Deputado Federal Roberto Freire (PPS/SP), vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 103, inciso VIII e 102, inciso I, alíneas 'a' e 'p', regulamentados pela Lei Federal nº 9.868/99, ajuizar perante essa Excelsa Corte Suprema a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**(com pedido de medida cautelar)**



com o escopo de que seja declarada por essa Egrégia Corte a inconstitucionalidade da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, por afronta ao art. 37, da Constituição Federal, diante dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expedidos.

## **1. DA LEGITIMIDADE ATIVA**

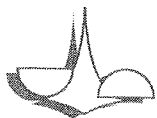
É inequívoca e pacífica a legitimidade ativa dos **AUTORES** para agirem em sede de controle constitucional concentrado, já que são Partidos Políticos devidamente constituídos perante o Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional, em consonância com o artigo 103, inciso VIII, e seu correspondente na Lei nº 9.868, de 10.11.1999, ou seja, o artigo 2º, inciso VIII.

Da mesma forma, os instrumentos de procuração ora acostados estão em estreita consonância com a mais balizada jurisprudência do STF.

## **2. DO OBJETO**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, que resulta da conversão da Medida Provisória n. 527, de 2011.

A referida Medida Provisória n. 527, de 2011, segundo consta de sua ementa, “altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.”



Quando de sua tramitação no Congresso Nacional, foram incorporadas ao texto encaminhado pelo Executivo disposições absolutamente estranhas ao conteúdo original da medida provisória. Ao todo, foram incorporadas não menos do que 47 disposições, que instituem o chamado “Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”, conjunto de disposições aplicáveis às licitações e aos contratos públicos a serem realizados por ocasião dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como da Copa de Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014.

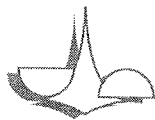
É este o ato normativo, a Lei n. 12. 462, de 5 de agosto de 2011, que ora se submete ao conhecimento desta Egrégia Corte, ao argumento de ofensa à Constituição Federal, notadamente os arts. 5º, caput, 22, inciso XXVII, 62, e 37, caput e inciso XVII, entre outros.

### **3. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS NECESSÁRIOS À EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.**

Como não raro ocorre, a Medida Provisória nº 527, de 30 de dezembro de 2010, foi editada sem observância do art. 62 da Constituição Federal, que estabelece os pressupostos de relevância e urgência como elementos imprescindíveis para atos normativos deste jaez.

É cediço que esta Corte constitucional qualifica como “político” o juízo que se faz acerca dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, necessários à edição de medidas provisórias. Caberia ao Executivo o juízo prévio acerca da ocorrência dos pressupostos constitucionais e, ao depois, ao Legislativo caberia, quando da análise do ato, confirmar ou infirmar o juízo político do Executivo.

Entretanto, também se sabe que a orientação assentada no Supremo Tribunal Federal admite o controle dos pressupostos processuais

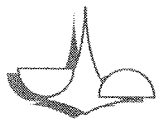


da edição de medidas provisórias sempre que o Tribunal se vê diante de casos nos quais o Executivo abusa de sua competência constitucional e edita atos legislativos flagrantemente alheios às exigências constitucionais.

A propósito do tema, vale citar trecho do voto do Ministro Moreira Alves, proferido nos autos da Adin 162-1-DF, quando da apreciação de pedido de liminar, que assim asseverou:

“Ora, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 62.739, em que declarou a inconstitucional, em face da Constituição de 1967, o Decreto-Lei 322, de 7.4.67, por entender que ele regulava matéria estranha ao conceito de segurança nacional, se manifestou no sentido de que ‘a apreciação dos casos de ‘urgência’ ou de ‘interesse público relevante’, a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, **assume caráter político, e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade e de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso**’ (RTJ-44/54). Posteriormente, esse entendimento foi seguido no RE 74.096 (RTJ 62/819) e no RE 75.935 (R.D.A. 125/89).

**Essa orientação, no entanto, tem de ser adotada em termos, pois, levada às últimas consequências, admitiria o excesso ou abuso do poder de legislar mediante medias provisórias, que a Constituição expressamente só admite ‘em caso de relevância ou urgência’.** Aliás, no RE nº 62.739, que deu margem a essa jurisprudência, esta própria Corte, com relação ao conceito de segurança nacional – que era limitação referente ao objeto do Decreto-lei na Constituição em vigor -, declarou a inconstitucionalidade do ato normativo que estava em causa, exatamente pelo **abuso do poder de legislar**, uma vez que seu relator – O Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO – acentuou que ‘repugna à Constituição que, nesse conceito de segurança nacional, seja incluído assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses miúdos e privados de particulares.’ [Grifo acrescido].

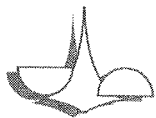


De fato, negar de forma peremptória à Corte Constitucional a possibilidade de examinar o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência seria o mesmo que despir completamente de normatividade a disposição do art. 62, privar-lhe de qualquer possibilidade de eficácia jurídica.

Tanto assim, que, em manifestação recente, Sua Excelência, o Ministro Celso de Mello, ressaltou que não se poderia mais ignorar que “a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo” (MS 27.931, julgado em 16.12.2009).

No mesmo sentido, novamente o Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do pedido cautelar que compunha o pleito veiculado pela ADI 2.213, afirmou:

**Nada pode justificar** a utilização **abusiva** de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – **quando ausentes razões constitucionais** de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, **vindo a converter-se**, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, **afetando**, desse modo, **com grave prejuízo** para o regime das liberdades públicas **e sérios reflexos** sobre o sistema de “*checks and balances*”, a relação de equilíbrio que **necessariamente** deve existir entre os Poderes da República. **Cabe**, ao Poder Judiciário, **no desempenho** das funções que lhe são inerentes, **impedir** que o **exercício compulsivo** da competência extraordinária de editar medida provisória **culmine** por introduzir, no processo institucional brasileiro, **em matéria legislativa**, verdadeiro **cesarismo governamental**, provocando, assim, graves **distorções** no modelo político e gerando disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes (ADI 2.213-MC, DJ de 04.04.3002). [Grifos originais].



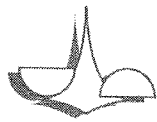
As razões que orientaram as decisões acima citadas também se observam no caso em exame. A Medida Provisória n. 527, de 2011, deixa evidente que o Executivo legisla ordinariamente por meio de medidas provisórias em flagrante desrespeito à Constituição Federal.

Note-se que a afirmação de ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência **não** se refere às disposições atinentes do Regime Diferenciado de Contratação – RDC. O RDC não constava do texto originário da medida provisória, foi inserido no bojo do projeto de lei de conversão por emenda do relator, quando do oferecimento da proposição à deliberação do plenário.

Com efeito, originalmente, a medida provisória em exame tratava apenas da reorganização da Presidência da República e Ministérios, 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.

Aliás, é importante salientar que os fundamentos apontados no §10, da exposição de motivos que a medida provisória, EM Interministerial n. 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR, justificam a urgência do ato no “exíguo prazo para que a reorganização do setor de aviação civil apresente as melhorias e os resultados esperados pela sociedade”.

No entanto, é certo que as alterações pretendidas por meio do ato normativo em exame, em sua redação original, não teriam jamais o condão de corrigir tais problemas, uma vez que tais medidas dizem respeito apenas a modificações na estrutura organizacional dos órgãos do Executivo, sem repercussões práticas, senão indiretas, na qualidade do serviço de aviação civil prestados atualmente no Brasil.



Diante do exposto, ante a violação do art. 62 da Constituição Federal, é de se concluir pela inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 527 e, por conseguinte, da Lei n. 12. 462, de 2011.

#### **4. ABUSO DO PODER DE EMENDAR E VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

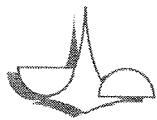
Superado o vício que atinge a Medida Provisória n. 527, de 2011, cumpre arguir os defeitos que tocam diretamente a própria Lei n. 12. 462, de 2011, ato normativo inconstitucional, pelas razões de forma e de fundo adiante indicadas.

Em primeiro lugar, cumpre asseverar 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.

Como é de conhecimento público, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas não constava do texto original da Medida Provisória n. 527, foi incluído, por emenda do relator, quando esta tramitava na Câmara dos Deputados.

A Medida Provisória n. 527 nada prescrevia sobre licitações e contratos públicos. Dispunha sobre organização da Presidência da República e dos Ministérios, criação da Secretaria da Aviação Civil, alteração da lei da ANAC e da INFRAERO, criação de cargos em comissão, bem como a contratação de Controladores de Tráfego Aéreo.

O “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” foi incluído no bojo da Medida Provisória n. 527, por meio de emenda do relator da proposição, José Guimarães (PT-CE), quando de sua tramitação na



Câmara dos Deputados, e resulta da atuação do Executivo Federal junto à base do Governo no Congresso Nacional.

Não foi a primeira vez que a Presidência da República em consórcio com a maioria governista no Congresso Nacional lançou mão deste artifício, nem foi a primeira vez que se pretendeu inserir as disposições relativas ao “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” no texto de medidas provisórias em tramitação no Congresso Nacional. Há registro de tentativas semelhantes nas medidas provisórias n.s 489, 503, 511, 517 e 521.

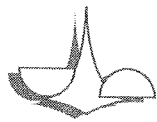
No caso da Medida Provisória n. 521, a despeito de sua total impertinência temática em relação àquele ato normativo, as disposições do “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” chegaram a ser incluídas pela relatora daquela proposição no texto do Projeto de Lei de Conversão apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados, Deputada Jandira Feghali.

No Parecer apresentado em Plenário, em 4 de maio de 2011, pela Relatora da Medida Provisória n. 521, na Câmara dos Deputados, consta expressa menção à tentativa da Presidência da República de fazer inserir as disposições do Regime Diferenciado em outras medidas provisórias, tais como a MP n. 489/2010. Consta do Parecer:

“Em relação aos novos dispositivos acrescentados ao Projeto de Lei de Conversão, por esta relatoria, ressalto que **os mesmo trazem de volta à apreciação deste Plenário regras para um Regime Diferenciado de Contratações. A matéria, constante originariamente na Medida Provisória 489/10** resultou prejudicada pelo calendário eleitoral, tornando-se indispensável sua inclusão em nova MP.

Durante a tramitação da **MP 503/10 o relator voltou ao tema**, mas, pela complexidade da matéria, **foi fechado um acordo entre os líderes para que retornasse em outra MP**, motivo pelo qual reapresento o conteúdo do





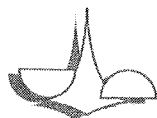
texto com inovações, fruto de debates com o Tribunal de Contas da União e Ministérios envolvidos, e que, com a devida antecedência, foi distribuído aos líderes partidários. O debate amadureceu o texto inicialmente apresentado tornando-o mais claro em relação às normas de fiscalização e à publicidade necessária ao procedimento licitatório”.

No curso do processo legislativo, a emenda para incluir o “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” no bojo da Medida Provisória n. 521 acentuou de tal maneira os debates na matéria que acabou sendo retirada pela relatora. Sem as normas relativas ao Regime Diferenciado, a medida provisória foi aprovada na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, onde acabou perdendo efeitos por decurso do prazo constitucional.

Ao final das diversas tentativas de aprovação acima referidas, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas acabou incluído, por meio de emenda do relator, no bojo da Medida Provisória n. 527, de 2011, que acabou convertida na Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, diploma normativo que ora se traz ao conhecimento desta egrégia Corte, sob argumento de ofensa à Constituição Federal.

Certamente, nesta medida provisória como nas anteriores, não há relação de pertinência lógica entre a emenda que fez incluir o RDC e os temas tratados pela medida provisória, tal como encaminhada pela Presidência da República.

Ora, é cediço que a medida provisória é ato normativo de natureza dúplice ou bifronte. É norma jurídica com força cogente e, ao mesmo tempo, projeto de lei, de iniciativa do Executivo, a ser deliberado pelo Congresso Nacional. Como projeto de lei, à tramitação da medida provisória aplicam-se, *mutatis mutandis*, as regras e os princípios que regulam o andamento e a deliberação das proposições legislativas no



Congresso Nacional, notadamente as proposições que se compreendem no poder de iniciativa reservada ao Executivo.

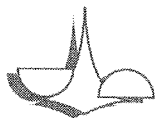
Conseqüentemente, enquanto tramitam no Congresso Nacional, as medidas provisórias podem ser emendadas. É possível, por meio de projeto de lei de conversão, acrescentar disposições que não constavam no texto original da medida provisória, mesmo em se tratando de matérias que são, em princípio, vedadas à medida provisória, como é o caso das normas penais.

No entanto, ao se sujeitar à possibilidade de sofrer emendas, as medidas provisórias sujeitam-se também aos mesmos limites e restrições que a estas se aplicam. E uma das restrições aplicáveis é a necessária pertinência lógica entre o objeto da emenda e o texto normativo emendado.

As emendas não devem conter conteúdo estranho à proposição normativa a que se referem. Devem observar pertinência temática com o texto originário da medida provisória, uma vez que o Parlamento não pode se desviar dos temas que foram normatizados originalmente pelo Presidente da República, sob pena de produzir alteração inconstitucional na proposição.

Tal exigência não foi observada quando da tramitação da Medida Provisória n. 527/2011 no Congresso Nacional. O projeto de lei de conversão que deu origem à Lei n. 12.462, de 2011, acrescentou dispositivos completamente estranhos ao objeto inicialmente versado pela Presidente da República, na referida medida provisória.

Com efeito, a inclusão do Regime Diferenciado de Contratações Públicas no texto da Medida Provisória n. 527 é mais um



exemplo de certo expediente que tem se tornado corriqueiro, desde a última legislatura.

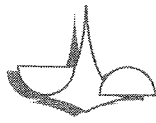
É cada vez mais comum que o Governo Federal faça incluir, por meio de relator da base governista, no bojo de projetos de lei de conversão, inúmeros dispositivos que não apresentam qualquer relação com o texto e o tema de medida provisória editada. Isso já ocorreu durante a tramitação de diversas medidas provisórias, como, por exemplo, as Medidas Provisórias n. 511, 517 e 520.

O mesmo ocorreu durante a tramitação da Medida Provisória n. 527, de 2011. Nesse caso, a utilização de tal expediente é inclusive registrada pelo próprio relator da proposição, na Câmara dos Deputados, Deputado José Guimarães (PT-CE), no parecer apresentado, em 15.6.2011, no plenário daquela Casa de Leis:

“As peculiaridades que cercam a tramitação da MP 527 impõem que se fracione a análise do mérito da matéria em dois compartimentos distintos, ainda que mutuamente relacionados. No primeiro deles, a seguir inserido, examina-se o teor do texto original e das emendas que lhe foram apresentadas pelos parlamentares. Em sequência, serão abordados aspectos correlatos ao tema abordado na MP, mas que **não constam do teor levado a conhecimento público quando da publicação do instrumento de que se cuida no Diário Oficial da União.**

[...]

Como se afirmou anteriormente, a análise de mérito da MP deve prosseguir pela abordagem de tema que **não consta de seu teor original ou das emendas que lhe foram oferecidas**, mas que possui acentuada relação com os propósitos fundamentais do instrumento. **Tece-se referência ao regimento diferenciado de licitações públicas, que o grupo hoje investido da responsabilidade de administrar o país vem tentando ver aprovado desde a gestão anterior à atual, isto é, ainda sob a administração do ex-Presidente Lula.**”



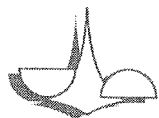
Vale destacar, na passagem transcrita, a afirmação do relator da proposição, referindo-se às disposições do Regime Diferenciado de Contratação, que o **“tema que não consta de seu teor original ou das emendas que lhe foram oferecidas”** e que **“o grupo hoje investido da responsabilidade de administrar o país vem tentando ver aprovado desde a gestão anterior à atual”**.

As palavras do relator são o registro da prática inconstitucional, que vem se tornando cada vez mais usual no Congresso Nacional: a inclusão de matéria estranha (e de interesse no Governo Federal), por meio de emendas do relator, no bojo de medidas provisórias em tramitação no Congresso Nacional.

Não se trata de discutir mera filigrana do processo legislativo interno, sem repercussões exteriores às Casas Legislativas. Com efeito, tal artifício procedimental tem implicações diretas no plano constitucional e consequências práticas severas para atuação do Poder Legislativo. A admissão de emendas, pelo relator, a texto oriundo do Poder Executivo, sem que estas guardem pertinência com a matéria versada pela Presidente da República traz duas consequências institucionais que não se podem desprezar: (a) impede discussões públicas amplas sobre a matéria objeto das emendas e (b) afasta a possibilidade do oferecimento de emendas parlamentares pelos demais membros do legislativo.

O relator, nessas hipóteses, torna-se senhor da proposição legislativa, decide de forma inovadora quanto àquilo que será deliberado em plenário e, ao mesmo tempo, evita a apresentação de emenda por parte dos demais membros da Casa Legislativa.

Não há dúvida que tal proceder não está de acordo com o que dispõe o texto constitucional. O atropelo no processo de conversão da Medida Provisória n 527 viola o devido processo legislativo constitucional e



caracteriza vício de inconstitucionalidade de natureza formal capaz de afetar por inteiro a lei em exame.

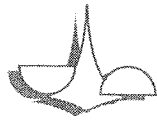
Há, neste ponto, duas razões especialmente relevantes para se postular a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 12.462, de 2011. Primeiro, o extravasamento dos limites constitucionais ao poder de emendar, por parte do relator, em razão do oferecimento de emenda parlamentar com matéria estranha ao objeto da proposição originária. Segundo, a criação de obstáculos ilegítimos ao poder de emendar dos demais parlamentares, que se veem impedidos de oferecer emendas relativas aos novos temas inseridos pelo relator.

Em primeiro lugar, o cotejo entre os textos da MP n. 527, de 2010 e da Lei n. 12.462, de 2011, deixa evidente a inclusão de disposições com conteúdo absolutamente impertinente em relação a tema tratado originariamente pela Medida Provisória.

É evidente que a emenda que fez inserir os cinquenta e dois artigos (arts. 1º 47 e 64 a 68) no corpo da Medida Provisória n. 527 não guarda qualquer relação com as demais disposições desse ato normativo.

Decerto que o direito de apresentar emendas é prerrogativa insita ao Estatuto Parlamentar, mas este, como os demais direitos, deve ser exercido nos limites e de acordo com os fins que lhe são próprios. Ainda que não conste, expressa e textualmente, do texto constitucional, regra prescrevendo que todos os parlamentares detêm o poder de oferecer emendas, é isso que se depreende da interpretação sistemática dos arts. 48, 63, inciso I e 166, §§ 3º e 4º, todos da Constituição Federal.

Em verdade, o Constituinte originário referiu-se ao poder de emendar quando pareceu necessário restringi-lo ou disciplinar seu exercício, como é o caso dos § 3º do 166 da Constituição, fazendo



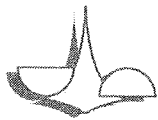
presumir, *a contrario sensu*, que esta prerrogativa existe e pode ser exercida em todos os demais casos, respeitadas as balizas previstas no próprio texto constitucional.

Sendo assim, em princípio, não há óbice à apresentação de emendas por parte de parlamentares quando da tramitação da medida provisória e de sua conversão em lei, tampouco em projetos de iniciativa do Executivo. Nesses casos, entretanto, o exercício do direito de emendar deve observar rigorosamente os limites temáticos impostos pela proposição originária.

A questão dos limites constitucionais ao exercício do poder de emendar foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades. Entre elas, destaca-se o julgamento da ADI-MC 1.050, assim ementado:

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO - INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, "IN FINE") - OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES - AUMENTO DA DESPESA ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA ORIGINAL, MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS CONSTANTES DO PROJETO INICIAL - CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO "PERICULUM IN MORA" - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.**

**- O poder de emendar projetos de lei - que se reveste de natureza eminentemente constitucional - qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 - RTJ 37/113 - RDA 102/261), pode**



**ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa (ADI 865/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), desde que - respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República - as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º da Carta Política. Doutrina. Jurisprudência.**

**- Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma legislativo estadual impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata.**

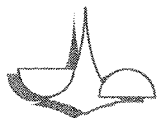
**(STF - ADI-MC n.1.050-6 - Relator Ministro Celso de Mello - julgamento: 21/09/1994)**

A análise do precedente referido oferece duas conclusões relevantes para o caso em tela: deixa claro que o poder de emenda tem fundamento constitucional e que, por conseguinte, não é matéria que se possa qualificar como *interna corporis*, justificando-se, portanto, seu controle judicial.

Ainda no âmbito do julgamento da ADI n. 1.050-MC/SC, afirmou o Ministro Celso de Mello, referindo-se ao poder de emendar:

“Trata-se de prerrogativa, que, por ser inerente à função legislativa do Estado qualifica-se como **poder de índole eminentemente constitucional.**”

O poder de emendar, por traduzir necessária projeção resultante do poder de legislar, sofre, em função da **matriz constitucional que lhe confere suporte jurídico, apenas as limitações que se acham expressamente definidas no texto da Carta Política.**”



Em segundo lugar, a orientação assentada no precedente permite aduzir também que todas as limitações ao direito de oferecer emendas devem decorrer também do texto constitucional – ou não serão válidas.

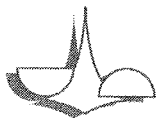
As restrições ao poder de emendar assinaladas no julgamento são de três naturezas: (I) financeira, já que as **emendas não podem implicar aumento da despesa prevista no projeto de lei**; (II) material, visto que as emendas **devem guardar relação de pertinência com a proposição original** e, em se tratando de normas orçamentárias, (III) devem ser observadas ainda as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º da Constituição.

No que toca ao requisito de pertinência lógica entre proposição originária e proposição acessória (emenda), parece correto afirmar que a apresentação de emenda contendo matéria impertinente em relação à proposição emendada configura abuso de direito de emendar, uma vez que excede os limites que lhe são próprios, os limites temáticos da proposição originária.

Respeitar os limites do poder de emendar significa não transgredir os lindes pré-fixados na proposição jurídica apresentada, seja esta um projeto de lei ou uma medida provisória, como no caso. Afinal, por definição, emenda é proposição acessória e, como tal, segue a proposição principal e a esta deve ser pertinente.

É o legitimado para o exercício de direito de iniciativa a quem cabe julgar a oportunidade e conveniência de submeter certo tema ao escrutínio legislativo. As emendas, no regime constitucional de 1988, não têm o condão de inovar quanto à matéria ou ao tema a ser regulado pela proposição legislativa. Se modificativas, podem alterar o sentido daquilo que se regulamenta, mas não o tema objeto de regulamentação.





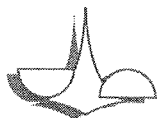
Em remate, afirma-se que, no exercício do poder de emendar, é lícito aos parlamentares inovar quanto ao sentido da regulamentação, mas não quanto ao tema objeto da proposição.

A propósito, vale trazer à baila lição do ilustre professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, José Afonso da Silva, na obra “Processo Constitucional de Formação das Leis”:

“A emenda se insere num procedimento já instaurado pelo ato de iniciativa legislativa e identificado pelo seu objeto – matéria e interesses a ela relativos de que o projeto emendado constitui continente. O exercício do direito de emenda incide sobre esse conteúdo do projeto, se for emenda substancial – pretendendo alterá-lo no sentido da vontade titular da emenda. Mas a emenda – se acolhida – **não atinge senão os interesses que o titular poder de iniciativa legislativa propôs regulamentar**. Neste, o proponente do projeto visa a regulamentar determinada matéria e alguns interesses referens a ela; **há, pois, escolha da matéria e escolha dos interesses para a regulamentação. O direito de emenda, ao contrário, tem como objeto apenas o modo de regular a matéria, objeto do poder de iniciativa, isto é, incide apenas sobre interesses vinculados a ela: há escolha parcial de interesses a serem regulados pela pretendida lei. Tanto que não serão aceitas emendas, subemendas ou substitutivos que não sejam rigorosamente pertinentes à proposição**; se a emenda se afastar desse preceito, poderá ser recusada pelo Presidente da Câmara, do Senado ou de Comissão (RICD, art. 125; RISF, art. 230, a). Aí está: a emenda não pode cuidar de outra matéria que não a do projeto de lei; a escolha compete ao poder de iniciativa; se a pretendida emenda contiver regulamentação de outra matéria, não tem natureza de emenda, mas de iniciativa legislativa, iniciativa de lei, por isso não pode ser aceita como emenda.”

(SILVA, José Afonso da, **Processo Constitucional de Formação das Leis**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 196) (Grifou-se).

Deveras, a posição adotada por José Afonso da Silva não é isolada na doutrina nacional. Vem no mesmo sentido o magistério de Uadi Lammêgo Bulos, na obra “Curso de Direito Constitucional”:



“É vedada a apresentação de emendas que propuserem a inclusão de assunto estranho à deliberação pelo texto do Poder Executivo.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n. 32/2001, admitiu a possibilidade de o Congresso Nacional glosar certos dispositivos da medida provisória, algo que não prejudica sua eficácia temporal.

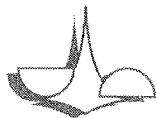
**O que é inadmissível é o alargamento do procedimento legislativo especial das medidas provisórias, enxertando assunto novo, completamente distinto daquele versado pelo Presidente da República**”(Curso de Direito Constitucional, 2007, p. 985) [Grifos acrescidos].

Nesse mesmo diapasão, veja-se também a lição doutrinária do Ministro Gilmar Mendes, em seu livro *Curso de Direito Constitucional*:

“A medida provisória pode ser emendada no Congresso, não mais perdurando a proibição nesse sentido que havia no regime do decreto-lei, na ordem constitucional pretérita. **As emendas apresentadas, devem, porém, guardar pertinência temática com o objeto da medida provisória**, sob pena de indeferimento” (4<sup>a</sup>. ed., p. 934-935) [Grifos acrescidos].

Com efeito, o entendimento ora exposto vem ao encontro da orientação pacífica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A egrégia Corte já assentou com precisão dois limites que são ínsitos ao poder de emenda do Parlamento sobre toda e qualquer proposição legislativa, inclusive medidas provisórias. É o que se observa na decisão proferida na **ADI 3288, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 20.02.2011**:

“(…) 3. **O Poder Legislativo detém a competência de emendar TODO E QUALQUER PROJETO DE LEI, ainda que fruto da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo** (art. 48 da CF). Tal competência do Poder Legislativo conhece, porém, duas limitações: **A) A IMPOSSIBILIDADE DE O PARLAMENTO VEICULAR MATÉRIA ESTRANHA À VERSADA NO PROJETO DE LEI**



**(REQUISITO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA)**; b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Executivo, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF)” (grifos não originais).

Nesse mesmo sentido, vale mencionar também a **ADI 2350, Rel. Min. Maurício Correa, DJ de 30.04.2004**, em cuja ementa lê-se a seguinte passagem:

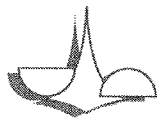
“1. A Constituição Federal veda ao Poder Legislativo apenas a prerrogativa da formalização de emendas a projeto originário de Tribunal de Justiça, se delas resultar aumento de despesa pública, **OBSERVADA AINDA A PERTINÊNCIA TEMÁTICA**, a harmonia e a simetria à proposta inicial” (grifos não originais).

Também acolhendo a mesma orientação, cita-se trecho do **RE 134.278, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.11.2004**, onde se lê:

“A reserva de iniciativa a outro Poder não implica vedação de emenda de origem parlamentar **DESDE QUE PERTINENTE À MATÉRIA DA PROPOSIÇÃO** e não acarrete aumento de despesa: precedentes”. [Grifos não originais].

Até recentemente, a orientação acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que limita o oferecimento de emendas à observância do requisito de pertinência temática, era reconhecida e respeitada pela própria Câmara dos Deputados. É o que se verifica na resposta dada pelo Presidente da Casa à Questão de Ordem n. 480/09, ocasião na qual aplicou a orientação do STF para impedir a tramitação de proposição com emendas estranhas ao texto originalmente objeto de disposição na medida provisória. Consta da QO n. 480/09:

“Decide as questões de ordem dos Deputados Fernando Coruja e Ronaldo Caiado reformulando



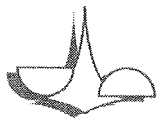
entendimento anterior que atribuía diretamente ao Plenário o julgamento de admissibilidade das emendas a medidas provisórias mesmo quando contrariam a norma e tratam de matéria estranha ao escopo da medida provisória, no sentido de que: **a) serão inadmitidas emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias, aí incluída eventual inserção de matéria estranha pelo Relator;** b) não instalada Comissão Mista, a competência para recusá-las é do Presidente da Câmara dos Deputados enquanto tramitar nesta Casa; c) se recusada a emenda, o autor poderá recorrer ao Plenário” (grifos não originais).

Diante desses elementos, é possível concluir que o acolhimento de emenda contendo matéria sem pertinência com o núcleo temático da medida provisória extravasa os limites constitucionais do poder de emendar e, por conseguinte, representa abuso deste direito subjetivo constitucional que toca aos parlamentares.

Ademais, além de exceder os limites atinentes à proposição originária, há ainda outro aspecto que cumpre destacar, relativo às implicações decorrentes do acolhimento de emenda contendo matéria extravagante.

Sobre ser uma violação aos limites constitucionais ao poder de emendar, o atropelo procedimental em exame representa ainda uma violação das prerrogativas dos demais parlamentares envolvidos no processo legislativo, notadamente os que compõem a chamada “minoría parlamentar”.

Com já dito, o atropelo procedimental ocorrido na tramitação da Medida Provisória n. 527 decorreu de ato do relator da referida proposição legislativa na Câmara dos Deputados, obviamente, referendado pela maioria parlamentar que forma o Congresso Nacional. A prática, que vem se tornando costumeira nesta legislatura, consiste na inclusão, por meio de emendas do relator, de matéria absolutamente impertinente à



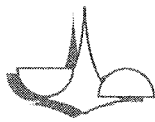
medida provisória, no momento em que a proposição legislativa é levada a plenário para discussão e votação.

Tal expediente tem consequências institucionais severas, na medida em que permite obstar o exercício de duas prerrogativas ínsitas à atividade parlamentar: o direito de discutir e o direito de apresentar emendas às proposições em votação.

De um lado, o direito de debater os assuntos postos em votação, prerrogativa ínsita ao exercício parlamentar, fica prejudicado, porque os parlamentares apenas tomam conhecimento da matéria que será votada no exato momento em que devem exercer o voto. De outro, o direito de emendar, por sua vez, também resta impedido, por força das constrações regimentais que impedem o oferecimento de emendas por parlamentares em matérias novas incluídas em plenário pelo relator da proposição.

Em outras palavras, o relator que, nesse caso, representa o Governo no Congresso Nacional, vale-se das prerrogativas inerentes à relatoria para criar obstáculos ilegítimos à atuação dos demais parlamentares, notadamente os da oposição, impedindo que possam modificar, por emenda, o texto que acabam de tomar conhecimento. E isto configura flagrante abuso de direito e, por conseguinte, grave violação ao texto constitucional, como se comprova do exame dos atos do processo legislativo referente à MP 527, de 2011.

É certo que, no caso em exame, a inclusão de disposições excrescente fez-se com o beneplácito da maioria legislativa que compõem o Congresso Nacional, no cumprimento dos desígnios da Presidência da República, como é de todos sabido.



De todo modo, por mais ampla que seja a maioria ou o consórcio com os Poderes, jamais poderá ter o condão de infirmar a própria norma constitucional. Trata-se de corolário inerente ao Estado Democrático de Direito, estabelecido no art. 1º da Constituição Federal, e garantido pela regra do art. 102, que prevê as atribuições institucionais do Supremo Tribunal Federal.

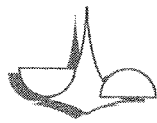
As competências e prerrogativas constitucionais que tocam ao Legislativo e a cada um de seus membros compreendem-se no conceito de “poderes-deveres”, isto é, poderes ou direitos estabelecidos em benefício de terceiros, e não do próprio titular. São, por essa razão, irrenunciáveis.

De todo o exposto, é possível concluir pela ocorrência de vício de inconstitucionalidade, de natureza formal, decorrente o abuso do poder de emendar, no âmbito do processo de conversão da Medida Provisória n. 527. O abuso se caracteriza, de um lado, pela inclusão de matéria que excede os limites temáticos da proposição principal e, de outro, pela criação obstáculos à atuação institucional dos demais parlamentares.

Destarte, uma vez configurada violação do poder de emendar, consubstanciado nos arts. 48, 63, inciso I e 166, §§ 3º e 4º todos da Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade integral de inconstitucionalidade da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, é medida que se impõe em defesa da ordem constitucional em vigor.

## **5. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 22, INCISO XXVII E 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Não bastassem os atropelos no processo legislativo de conversão da Medida Provisória n. 527, há ainda vícios de conteúdo que afetam a própria Lei n. 12.462, de 2011, maculando de inconstitucionalidade o ato normativo em exame.



O novo regime de contratações instituído pela lei ora impugnada, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, não está de acordo com a norma do inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, nem com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade, como se pretende demonstrar nos argumentos adiante expedidos.

As inconstitucionalidades encontradas na Lei n. 12.462, de 2011, dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, notadamente os seguintes dispositivos: **art. 1º e 65**, que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável, **art. 6º, § 3º**, que estabelece presunção de sigilo do custo das obras, **art. 9º**, que permite a contratação integrada, para realização de obras e serviços de engenharia, **art. 10**, que permite o estabelecimento de remuneração variável para obras e serviços públicos, e **art. 15, §2º**, que dispensa a publicação em diário oficial, entre outros.

### **5.1 OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

Em primeiro lugar, é preciso considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, elegeu à condição de norma constitucional a obrigatoriedade de licitação, como etapa necessária à celebração de contratos para a realização de obras, serviços, compras e alienações.

O texto constitucional, ao prescrever que a licitação ocorrerá “ressalvados os casos especificados na legislação”, evidencia que a regra é a contratação por meio de processo licitatório, sendo, portanto, excepcional a contratação direta, que só caberá nas hipóteses expressamente previstas em lei, quais sejam, os casos de dispensa e inexigibilidade da licitação. A este respeito aduz o Professor José Afonso da Silva:



## **“10. PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO PÚBLICA.**

**‘Licitação’ é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.” (DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, Melhoramentos, 6ª ed., pg. 345). (Grifo acrescido).**

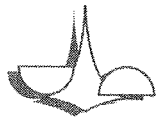
Na mesma linha, ainda sobre o tema das licitações, por sua precisão e historicidade, vale ainda citar a lição de Marçal Justen Filho:

**“O art. 37, XXI, da Constituição determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação (ressalvadas as exceções previstas em lei). O art. 175 da Constituição, ao tratar das outorgas de concessões e de permissões, também faz referência à obrigatoriedade de licitação.**

**No Brasil, a licitação obrigatória foi imposta por diversos diplomas legislativos, ao longo do tempo. Essa é a tendência verificada no direito comparado. A ‘Rodada do Uruguai’, de 1996, da Organização Mundial do Comércio produziu um Acordo sobre Contratos Administrativos, firmado por 22 países, dentre os quais os integrantes da União Européia, os EUA e o Japão, prevendo a adoção de procedimentos seletivos prévios às contratações administrativas. Mesmo antes disso, a Comunidade Européia já adotara a licitação como regra, por meio de inúmeras Diretivas (as principais das quais dos anos de 1992 e 1993). Essa orientação está sendo estendida também à delegação da prestação de serviços públicos a particulares.**

**Portanto, equivocam-se os críticos da obrigatoriedade da licitação quando preconizam que as reformas de Estado exigiriam a ampliação da discricionariedade administrativa. Tem prevalecido concepção oposta. O que se faz necessário é adaptar a disciplina da licitação à evolução tecnológica, tornando mais**





**rápido o processo de contratação.”.**

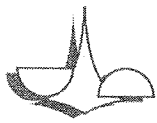
**(JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva, 4ª Ed., pg. 373/374). (Grifo Acrescido).**

Da passagem, extraem-se dois pressupostos básicos relacionados ao processo licitatório: (i) a obrigatoriedade da licitação, cuja dispensa ou inexigibilidade é excepcional e (ii) a evidência de que a exigência do processo licitatório é um corolário dos princípios da moralidade e da isonomia, fundamentos basilares das atividades públicas.

Em outras palavras, as regras licitatórias existem para assegurar a isonomia e a moralidade nas contratações públicas, restringindo o espaço de discricionariedade da Administração Pública. Trata-se de princípio de estatura constitucional, que prevê a licitação como regra geral na Administração Pública, admitindo-se apenas as exceções previamente definidas em lei. Quaisquer exceções e mitigações à obrigatoriedade constitucional só podem ser admitidas quando encontrem justificação no próprio texto constitucional, seja porque a licitação revele-se no caso impossível, seja porque se mostre contraproducente.

Por esta razão, nenhuma lei poderia excluir a obrigatoriedade de licitação, por exemplo, incluindo um inciso no art. 24 da lei 8.666/93 para determinar que todas as obras a serem realizadas pelo Governo Federal para construção de prédios em alvenaria não seriam licitadas.

É evidente que um dispositivo assim formulado seria inconstitucional, como seria também inconstitucional qualquer regra que tenha o condão de anular ou privar de eficácia o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação. A obrigatoriedade de licitação é regra, qualquer tentativa de inverter-se tal lógica representa uma violação do próprio texto constitucional.



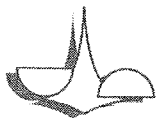
Esta contradição possível deverá ser resolvida ante cada caso concreto, cabendo ao intérprete observar se a lei, ao dispor sobre licitação, não inverteu a lógica jurídica do princípio da licitação, tornando regra geral o que, no ordenamento brasileiro, só pode ser exceção.

É bem certo, contudo, que essa contradição da lei, quando confrontada com o princípio da licitação, não se dá, exclusivamente, nas hipóteses de criação de fatos não sujeitos ao processo licitatório. Também é possível que, ao disciplinar o próprio processo licitatório, o legislador crie hipóteses em que os valores protegidos pelo princípio não sejam observados.

É este o caso da Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, no que diz respeito à instituição do Regime Diferenciado de Contratações Integradas. Ainda que este diploma normativo dispense o processo licitatório, os novos instrumentos que institui não são capazes de assegurar a moralidade administrativa e a garantia da isonomia entre os participantes da licitação, que são elementos fundamentais do conceito constitucional de licitação.

O novo regime de licitação previsto na Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, não está de acordo com os valores constitucionais, aplicáveis às contratações públicas.

A inconstitucionalidade se faz sentir desde o primeiro artigo da referida lei, que, ao delegar ao Executivo a capacidade de escolher, livremente, o regime jurídico da licitação pública a que será submetido, viola os artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, ambos da Constituição Federal.



O art. 1º, da Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, dispõe:

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

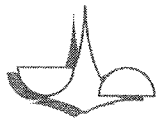
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro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

Em 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.

Veja-se, a propósito, o que dispõe o inciso I, do art. 1º, que determina que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas aplica-se exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização “*dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO)*”.

Quais contratos são “necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016”? Todos aqueles que assim forem



definidos pela Autoridade Pública Olímpica, entidade da administração pública indireta criada para gerir as atividades desportivas a que se refere a lei impugnada.

Observa-se, assim, verdadeira delegação de competência a ente da Administração Pública para definir o regime licitatório aplicável ao caso. Ou seja, na prática, o Executivo poderá escolher, caso a caso, o regime jurídico aplicável. A falha é grave e se faz presente tanto no inciso I, quanto no inciso II, do art. 1º da Lei n. 12.462, de 2011.

Os artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, ambos da Constituição Federal dispõem sobre a competência da União para legislar privativamente sobre “normas gerais de licitação e contratação” e a obrigatoriedade de licitação como princípio fundamental da Administração Pública:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

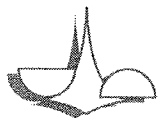
[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que



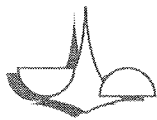
assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na redação do art. 1º, o legislador lançou mão de conceito indeterminado e assim transferiu uma competência normativa que, nos termos da Constituição em vigor, cabe ao Poder Legislativo. Não é dado ao Executivo, por ato discricionário, escolher o regime jurídico do processo licitatório que deverá observar.

As regras de Direito Público e, em especial, aquelas que versam sobre licitações públicas não podem ser normas dispositivas. São normas cogentes, incidentes e devem ser cumpridas sempre que o Poder Público se veja diante da necessidade de contratar obras, serviços, compras e realizar alienações. É este o teor do art. 37, XXI, da Constituição em vigor.

Aliás, não bastasse a redação ampla e imprecisa do art. 1º, o descontrole nas compras e licitações, por ocasião dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, é ainda agravado pela regra do art. 65, da lei impugnada. Eis a regra:

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

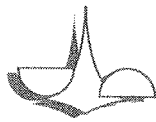


Ora, se a regra o art. 1º, por si só, já é ampla e imprecisa, o art. 65 tem o condão de ampliar ainda mais a margem de discricionariedade do Executivo. Antes que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, toda e qualquer contratação poderá beneficiar-se do regime previsto na lei impugnada, bastando para tanto que, a critério da Administração Pública, “sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço”.

Novamente aqui se observa que a lei em questão delega ao Executivo a legitimidade para escolher o regime de licitação que lhe é aplicável. Quais contratações são “imprescindíveis”? Todas aquelas que assim forem qualificadas pelo Governo Federal.

Na verdade, a constatação da inconstitucionalidade da regra acima citada já constava de nota técnica encaminhada por Procuradores da República Membros do Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão ao Procurador-Geral da República, sua Excelência o Senhor Roberto Gurgel, a propósito do Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010. Aduziam os Procuradores da República Athayde Ribeiro Costa, Carolina de Gusmão Furtado, Ana Carolina Oliveira Tannus Diniz e Paulo Roberto Galvão Carvalho, em nota técnica produzida a propósito do projeto de lei de conversão da MP n. 521/2010:

“Houve afronta ao artigo 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI, ambos da Constituição. A Constituição estabelece o dever da legislação federal normatizar a título de norma geral, as licitações e contratações, estabelecer ou fixar, portanto, o regime das licitações. Isto significa ter parâmetros suficientes para que o Administrador, pretendendo, satisfazer determinada necessidade administrativa – concernente a determinado objeto licitável – tenha de antemão a previsibilidade das regras a serem cumpridas nas execuções



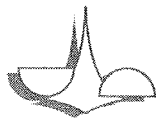
do certame licitatório.

A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos” “necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GEOCOPA 2014” é uma cláusula intoleravelmente aberta, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.

Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação “necessária” aos eventos previstos na norma, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao “Grupo Executivo – GECOPA 2014”. **Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidades vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade.** (NOTA AO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO DA MP 521/2010)  
(Grifos originais).

O documento, do qual consta o trecho acima citado, foi levado ao conhecimento do Congresso Nacional por ocasião da tramitação da Medida Provisória n. 521, de 2010, na Câmara dos Deputados. Os referidos Procuradores da República apontavam, na nota técnica, as “evidentes inconstitucionalidades no Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) a ser aplicado às licitações e contratos [sic] necessários à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016”, além de solicitar “a interlocução da Procuradoria-Geral da República junto ao Congresso Nacional, visando fixar este posicionamento quanto ao tema”.

De fato, como aduzem os referidos membros do Ministério Público Federal, as inconstitucionalidades da Lei n. 12.462, de 2011, são



“evidentes” e não se limitam à prescrição do art. 1º, contaminam também outras disposições da mesma lei, como se passa a expor a seguir.

## **5.2 CONTRATAÇÃO INTEGRADA E REMUNERAÇÃO VARIÁVEL**

Outro aspecto flagrantemente inconstitucional da Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, está na nova modalidade de licitação criada pela denominada “contratação integrada”, que não está de acordo com os princípios constitucionais da moralidade administrativa e da isonomia, como se passa a expor.

De início, é preciso ter em mente que as regras constitucionais que estabelecem a obrigatoriedade da realização de licitação e competência da União para editar normas gerais na matéria visam à garantia da moralidade administrativa e da isonomia. Velando por esses valores, foi editada a Lei n. 8.666, de 1993, norma geral em matéria de licitações e contratos públicos.

A propósitos dos princípios albergados na Lei n. 8.666, de 1993, vale transcrever a doutrina de Jessé Torres Pereira Júnior, *in verbis*:

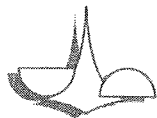
**“Quanto aos princípios nomeados na Lei nº 8.666/03, consigne-se, por ora, que:**

**(a) O da igualdade impõem à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto**

**(b) O da publicidade exige que a Administração anuncie, com a antecedência e pelos meios previstos na lei, além de outros que ampliem a divulgação, que realizará a licitação e que todos os atos a ela pertinentes serão acessíveis aos interessados;**

**(c) O da probidade administrativa ordena à**





**Administração que o único interesse a prevalecer é o público e que a única vantagem a ser buscada é a da proposta que melhor atenda ao interesse público;**

(d) .....

(e) **O do julgamento objetivo atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos dos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoal do julgador;"**

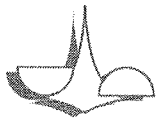
**(PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentário à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: 6ª Edição, Renovar, p. 55).**

Com base no trecho destacado, verifica-se que, para estar de acordo com o princípio constitucional da licitação pública, o ato emanado pelo Poder Público deve velar pela a probidade e a igualdade, o que não se observa quando a licitação se dá por critérios subjetivos.

Aliás, neste aspecto, vale mencionar decisão deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferida no MS 22.509, de Relatoria do Min. Maurício Corrêa, adiante transcrito no trecho que aqui interessa:

**“Não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre as partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública. O art. 37, XXI, da CF, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu caput - obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade - e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.**

**(MS 22.509, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26-9-1996, Plenário, DJ de 4-12-1996). (GRIFAMOS)**



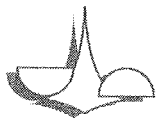
Assim, é certo que a lei que regulamenta o processo licitatório deve, em obediência ao princípio constitucional da licitação, dispor de regras que garantam a igualdade e a moralidade, a qual se manifesta, entre outros, por meio da objetividade do julgamento da licitação. E essa objetividade se alcança a partir da existência de critérios previamente definidos que permitam a aferição dos fatores competitivos pelos licitantes e órgãos de controle.

Nesse sentido, vale transcrever a doutrina da Professora da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

#### **“9.3.7. Princípio do julgamento objetivo**

**Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos ‘o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou 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’. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta (v. item 9.7.13). Esses critérios não são aplicados para o concurso (v. item 9.7.4) e para o pregão (v. item 9.7.6).”**

**(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 367).**



Colhe-se desse entendimento doutrinário que a objetividade do julgamento é observada a partir do texto da lei no que se refere à pré-definição do tipo de licitação e dos fatores existentes no ato convocatório. Também, que sua caracterização depende da existência de elementos que permitam a aferição desses fatores pelos licitantes e pelos órgãos de controle. Evidente que essas regras perseguem a moralidade, a igualdade e a transparência desse ato administrativo.

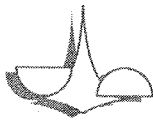
Não é por outra razão que a Lei 8.666/93 define em seu art. 6º, inciso IX, o projeto básico, com especificação de todos os elementos que permitem o estabelecimento de critérios objetivos no julgamento de uma licitação. Sobre este tema, vale recorrer novamente à doutrina pátria:

**“A lei nº 8.666/93 dedica especial atenção ao projeto básico, necessário para caracterizar o objeto da licitação que se referir a obra ou serviço. Com razão, porque, em seu art. 7º, § 2º, I, condiciona a deflagração da licitação à existência de ‘projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório’. Ou seja, em projeto básico não se inicia o processo de licitação referente a obra ou serviço.**

**O revogado Dec.-lei nº 2.300/86 encaminhava a definição de projeto básico a dois propósitos: caracterizar a obra ou serviço; estimar seus custos e prazos de execução. A nova lei acresce-lhes a demonstração de viabilidade técnica e de preservação do meio ambiente, e a especificação dos métodos de execução. No que tomou caminho afinado com o disposto no art. 225, § 1º, incisos IV e V, da Constituição Federal, a ensejar o controle exercitável pelo Ministério Público nos termos do art. 129, III, do Texto Fundamental.**

**A síntese do art. 5º, VII, do Dec.-lei nº 2.300/86 cedeu lugar a definição elucidativa e didática, explicitadora dos elementos que devem constar do projeto básico, com exigência legal mínima. O conjunto desses elementos melhor habilitará os Tribunais de Contas ao exercício do controle de legitimidade e economicidade previsto no art. 70 da Constituição de 1988.**

**Notável, ainda, que o projeto básico deva ser**



**oferecido ao exame dos possíveis licitantes (art. 7º, 2º, I, parte final), o que facilitará o exercício do controle de que cuida o art. 74, § 2º, da Carta Federal.**

**Definido nesses termos, o projeto básico é alçado a ato-condição para a abertura de licitação de obra ou serviço, vale dizer, a requisito de validade, bem assim a instrumento insubstituível para implementar das normas constitucionais voltadas para o controle externo dos atos administrativos, em todas as suas vertentes (jurisdicional, parlamentar e popular).**

**(PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentário à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: 6ª Edição, Renovar, p. 104-105).**

O texto do ilustre Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior é claro ao evidenciar que a existência do projeto básico é elemento essencial para a objetivação da licitação e para a efetivação de normas constitucionais, notadamente as de controle dos atos administrativos.

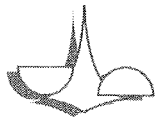
Entretanto, a Lei n. 12.462/11, ao criar o tipo de licitação denominado “contratação integrada”, simplesmente afastou a necessidade de projeto básico para dar início ao processo licitatório, passando a exigir, tão somente um “anteprojeto”, cujas características são insuficientes para a devida objetivação da obra ou serviço. Prescreve a lei em exame:

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

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

**§ 2º No caso de contratação integrada:**

**I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos**



técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

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

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

c) a estética do projeto arquitetônico; e

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

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

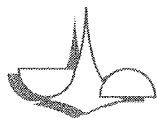
III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

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

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

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

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

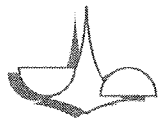


De acordo com a nova modalidade de licitação, o edital será publicado com base apenas em anteprojeto, que conterà tão somente a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei; a estética do projeto arquitetônico; e os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade. O projeto básico passará, então, a ser elaborado pelo vencedor do certame, no transcorrer da obra.

Uma 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 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 objeto da licitação, o que determinará a subjetivação dos julgamentos dos certames.

Não se poderá, por exemplo, contar mais, quando do julgamento do processo licitatório, com informações relevantes como “soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem” (art. 6º, IX, b, da Lei 8.666/93) e a “identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento” (Art. 6º, IX, c, da Lei 8.666/93).

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. Logo, por



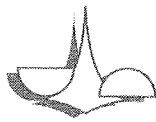
exclusão, o anteprojeto não apresentará soluções técnicas localizadas e tampouco haverá identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a serem incorporados à obra.

Por esta razão, não se poderá garantir que uma proposta será equivalente a outra no que se refere ao bem ou serviço a ser entregue. A fiscalização prévia e concomitante à execução será impossível de ser realizada. Não se sabe qual foi o objeto efetivamente contratado a partir do processo licitatório.

Somente durante a execução se terá conhecimento de como será realizada a obra a ser entregue, visto que só então vencedor elaborará o projeto básico. Ademais, este será realizado ao seu livre talante, no que se refere aos elementos acima citados e a outros que compõem o projeto básico e que estão ausentes no anteprojeto.

Certamente, que isso não se coaduna com o princípio constitucional da licitação. A falta de precisa individualização do objeto permitirá julgamentos subjetivos das obras e serviços. O uso da contratação integrada importará em afastamento da esmerada fiscalização das obras e serviços para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016.

A verdade é que 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.



Assim, é certo que o art. 9º, da Lei 12.462/11 afronta, diretamente, o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, razão pela qual sua inconstitucionalidade deve ser reconhecida.

O mesmo pode-se afirmar também em relação ao art. 10, da mesma lei, que autoriza que a retribuição paga pelos entes contratantes possa variar em função do desempenho da contratada com base nos critérios fixados na própria disposição. Prescreve o 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.**

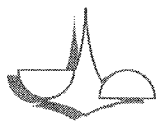
**Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.**

Tal como as anteriores, essa regra também não está de acordo com o mandamento do art. 37, da Constituição Federal. Ainda que se possa justificar a medida afirmando a necessidade de eficiência na execução dos contratos públicos, é de se ver que o mecanismo instituído pelo art. 10 não se coaduna com os princípios de Direito Público, notadamente a moralidade administrativa e a impessoalidade.

Não é condizente com os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade deixar ao gestor público a opção sobre os valores a serem pagos aos contratados. Decerto que esse mecanismo, em lugar de estimular a eficiência dos contratos, fomentará relações promíscuas entre o público e o privado.

A definição da equação econômico-financeira do contrato, bem como dos 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.

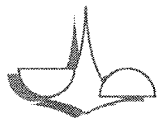
O recurso aos critérios das “metas” e “padrões de qualidade”, como os que constam do art. 10, em se tratando de contratos de licitação, oferece grau de discricionariedade ao gestor público que não está de acordo com a Constituição Federal. Não é lícito ao Estado escolher quanto pagará ao contratado, muito menos se, para tanto, levar em conta critérios vagos e imprecisos como os que se observa no art. 10 da lei impugnada.

Destarte, diante dos argumentos expostos, é de se concluir pela inconstitucionalidade da Lei n. 12.462, de 2011, especialmente as disposições dos arts. 1º, 9º, 10 e 65, por violação do art. 5º, *caput*, 22, XXVII e 37, *caput* e inciso XXI, todos da Constituição Federal.

## **6. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E MORALIDADE**

Entre as violações à Constituição Federal perpetradas pela Lei 12.462, de 2011, cumpre ainda destacar a norma do art. 15, § 2º, disposição evidentemente inconstitucional, por ofensa ao art. 37, da Constituição Federal, notadamente aos princípios constitucionais da moralidade e publicidade.

O art. 15 da lei impugnada dispõe sobre a publicidade dos procedimentos licitatórios abrangidos pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Estranhamente, a disposição de seu § 2º dispensa a publicação em diário oficial, em se tratando 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”. Prescreve o art. 15 da referida lei:

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

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

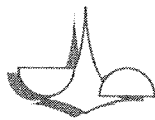
IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

§ 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.**



Como se observa da leitura da norma transcrita, nos casos referidos no § 2º, a publicidade far-se-á unicamente por meio de “divulgação em sítio eletrônico oficial”, ficando dispensada a publicação impressa.

Não há razão jurídica que autorize criar-se essa exceção. Tal dispensa de publicação não se coaduna com a norma do caput do art. 37 da Constituição Federal, mormente os princípios constitucionais da publicidade e moralidade.

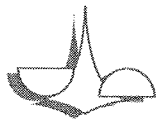
Como é cediço, os princípios são normas que determinam um fim a perseguir ou um valor a concretizar na maior medida possível, usando dos instrumentos jurídicos mais adequados a tal propósito. Na definição de Humberto Ávila:

**“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.**

(ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70)

Fixando o fim constitucional, cabe a legislador buscar os meios necessários a realizá-lo. No caso da finalidade instituída pelo princípio da publicidade, trata-se de dar conhecimento à população dos atos do Poder público e assim permitir que possam ser fiscalizados e controlados pelas instituições sociais. É uma decorrência do princípio republicano e um elemento inafastável do Estado Democrático de Direito.

No que concerne ao § 2º, do art. 15, da lei impugnada, a discussão diz respeito precisamente aos meios eleitos pelo legislador para realizar o princípio constitucional da publicidade.



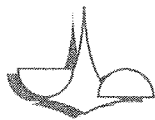
De acordo com o que prevê o art. 15, da Lei 12.462, de 2011, seriam dois os meios que se voltam a tal finalidade: (1) a publicação em diário oficial e (2) a divulgação em sítio virtual oficial. Um e outro não concorrem, complementam-se. Se, de um lado, os meios eletrônicos mostram-se mais ágeis e, em alguns casos, mais econômicos para o Poder Público; **as publicações impressas ainda são estáveis e oferecem um registro mais seguro para a posteridade.**

Há, entretanto, uma diferença fundamental que não pode passar despercebida. É que a publicação virtual, na rede mundial de computadores, é por natureza efêmera e instável e, por conseguinte, não se presta à plena efetivação do princípio constitucional da publicidade.

A publicação em diário oficial, de outro lado, não vem apenas a título de assegurar o conhecimento público, ainda que presumido, dos atos de interesse coletivo. O diário oficial é também o repositório oficial e permanente do registro dos atos estatais, desde 13 de maio de 1808, quando foi criado por D. João, com o nome de “Impressão Régia”.

Ao contrário da internet, onde tudo é volátil e instável, a publicação oficial impressa oferece registro definitivo, seguro e indelével dos atos oficiais, características de grande importância para assegurar a transparência fiscal dos atos públicos, bem como a possibilidade de que venham a sujeitar-se ao controle social, inclusive *a posteriori*.

Nesse diapasão, ao mitigar a publicidade dos atos a que se refere, a norma do § 2º, do art. 15 põe em risco também a moralidade administrativa, valor consagrado pelo art. 37 da Constituição Federal. A supressão de instrumentos de publicidade, tal como a publicação pela imprensa oficial, reduz também a possibilidade de eficácia de controle social, enfraquecendo o princípio constitucional da moralidade.



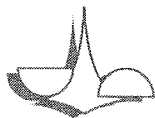
Ademais, há também outro aspecto a considerar que toca aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em sentido lato. É que, ainda que se pudesse argumentar que a publicidade, como princípio, pode ser atingida por diferentes meios, não há, no caso em exame, qualquer razão a justificar a dispensa do meio regular, que é a publicação em diário oficial.

O princípio da publicidade, como os demais princípios constitucionais, deve ser cumprido na maior medida possível, conferindo-se aos atos da Administração Pública a mais ampla divulgação, por meio dos instrumentos de que dispõe o gestor público.

A restrição à publicidade somente se justifica nos casos expressamente arrolados na Constituição, isto é, nas hipóteses de segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII), e de preservação do princípio da intimidade. Em todas as demais situações, a publicidade é regra e deve ser concretizada da forma mais ampla possível.

Em se tratando da norma do art. 15, § 2º, da Lei 12.462, de 2011, não se tem uma, nem outra hipótese. Trata-se, portanto, de uma restrição desarrazoada ao princípio da publicidade, que não encontra qualquer justificativa plausível para sua manutenção no ordenamento em vigor. Por que dispensar a publicação 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? Não há qualquer razão de ordem prática que justifique a diferenciação.

Aliás, padece do mesmo vício, também por afronta ao princípio constitucional da publicidade, a regra do § 3º do art. 6º, da Lei 12.462, de 2011. Prescreve o art. 6º referida lei:



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

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

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

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

O dispositivo do § 3º estabelece uma presunção de sigilo, invertendo a lógica constitucional. De acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório, presume-se que seja sigilosa. Há nisto uma inversão da regra constitucional. Na Constituição Federal a publicidade e a transparência são regra. O sigilo justifica-se apenas em casos excepcionais, isto é, quando haja risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trate de informação que diga respeito à vida privada e a intimidade de cidadão.

As informações relativas à atuação estatal são todas elas, em princípio, públicas: devem ser abertas ao conhecimento da sociedade para que possa conhecer e controlar a atuação do Poder Público. O inciso XXXIII, do art. 5º da Constituição de 1988 define o direito fundamental à publicidade das informações dos órgãos públicos, dispondo:



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

De acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana qualquer disposição que venha em sentido oposto.

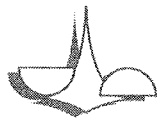
É de se perceber também que a presunção de sigilo criada pelo § 3º do art. 6º elide ainda o dever constitucional de motivação dos atos jurídicos do Poder Público.

Há ainda outro aspecto a considerar. Ainda que, em hipótese, se pudesse admitir a validade da norma do 3º e conceber que o manto do sigilo em processos licitatórios, nem assim se poderia afastar o dever constitucional de motivação dos atos administrativos.

Sobre o tema, vale transcrever a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que destaca o fundamento e a eficácia do princípio constitucional da motivação:

“62. Deve-se considerar, também, como postulado pelo princípio da legalidade o *princípio da motivação*, isto é, o que impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe de apoio para expedi-lo.

Isto porque, sobretudo quando dispõe de certa liberdade (discricionariedade administrativa) para praticar o ato tal ou qual, não haveria como saber-se se o comportamento que tomou atendeu ou não ao princípio da legalidade, se foi deferente com a finalidade normativa, se obedeceu à razoabilidade e à proporcionalidade, a menos que enuncie as razões em que se embasou para agir com agiu. Donde, ausência



de motivação faz o ato inválido sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea, à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação. É que, em inúmeras hipóteses, de nada adiantaria a Administração aduzisse motivação *depois* de produzido ou impugnado o ato, porquanto não poderia ter certeza de que as razões tardiamente alegadas existiam efetivamente ou haviam sido tomadas em conta quando de sua emanção.”

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70)

O dever de motivação dos atos do Poder Público é de estatura constitucional, assim como o dever de transparência nas ações públicas. Mitigá-lo ou excepcioná-lo por lei ou outro ato normativo infraconstitucional viola a Constituição em vigor.

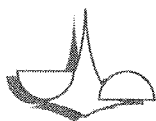
Portanto, não se pode senão concluir pela inconstitucionalidade do art. 15, § 2º, e do art. 6º, especialmente o § 3º, da Lei 12.462, de 2011, por afronta ao art. 37 da Constituição Federal.

## **7. PEDIDO CAUTELAR**

Os fatos e fundamentos jurídicos que embasam a presente ação direta de inconstitucionalidade justificam ainda a concessão de medida cautelar, nos termos da Lei n. 9.868, de 1991, que trata do procedimento aplicável às ações diretas de inconstitucionalidade.

No caso em tela, a concessão de medida cautelar configura instrumento para assegurar o resultado útil da demanda, uma vez que a lei em questão destina-se, em tese, a regular situações temporárias, como são Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como da Copa de Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014.





Por essa razão, transcorrido no todo ou em parte o lapso temporal a que se aplica esta lei, é possível que a presente ação perca, ao menos em parte, seu objeto.

Nesse sentido, a concessão da providência liminar ora requerida é medida que se impõe como garantia da integridade da ordem constitucional jurídica em vigor e sobretudo da utilidade jurídica desta demanda.

Ademais, é mister considerar ainda a necessidade de proteger o erário e o patrimônio público, ameaçados diante dos permissivos e das facilidades veiculadas na Lei n. 12.462, de 2011.

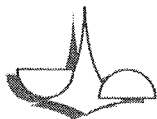
É cediço que as regras veiculadas pela lei impugnada visam à criação de exceção ao modelo de licitações e contratações hoje em vigor, de acordo com a Lei n. 8.666, de 1993. Assim, mantida a vigência da lei ora impugnada, ter-se-á inevitavelmente o risco de realização de licitações e celebração de contratos em dissonância com o que dispõe o texto constitucional e em franco prejuízo do interesse público.

Destarte, presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, é necessária a concessão da medida cautelar ora pleiteada, com eficácia *ex tunc*, para suspender a vigência da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, até o julgamento final da presente ação.

## **8. DO PEDIDO**

Isto posto, considerando os fatos e fundamentos jurídicos acima expedidos, requer-se:

a) Seja concedida, nos termos do dispositivo autorizativo, medida cautelar para suspender a eficácia da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, até posterior decisão de mérito;



b) Seja citada a Advocacia-Geral da União, na pessoa de seu Advogado-Geral, para vir defender, querendo, o dispositivo legal impugnado;

c) Seja ouvido o Procurador-Geral da República para, segundo se espera, opinar favoravelmente à pretensão ora deduzida;

d) Ao final, seja confirmada a decisão cautelar, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, em sua totalidade, especialmente os arts. 1º, 6º, § 3º, 9º, 10, 15, §2º e 65, pelas razões de fato e de direito acima aduzidos.

Em cumprimento ao que dispõe o art. 3º, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99, acompanham e instruem a presente exordial cópia da Lei n.º 12.462/2011 e da Nota ao Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010, elaborada pelo Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Brasília - DF, 21 de agosto de 2011.

**RODOLFO MACHADO MOURA**  
OAB/DF n° 14.360

**AFONSO ASSIS RIBEIRO**  
OAB/DF n° 15.010

**GUSTAVO KANFFER**  
OAB/DF n° 20.839

**CELSO DE BARROS C. NETO**  
OAB/AL n° 8.284

**FLÁVIO HENRIQUE C. PEREIRA**  
OAB/SP n° 131.364

**FABRÍCIO MENDES MEDEIROS**  
OAB/DF n° 27.581

**FABRÍCIO DE ALENCASTRO GAERTNER**  
OAB/DF n° 25.322