



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei nº 9.868/99, vem propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido de MEDIDA CAUTELAR, em impugnação à Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'P' followed by a flourish.

A presente inicial segue acompanhada de representação formulada pelo Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal¹, cujas razões são aqui reproduzidas quase que integralmente.

DOS FATOS

1. A Medida Provisória nº 527/2011 foi editada pela Presidente da República com o intuito de alterar a Lei nº 10.683/2003, e, com isso, modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, além de promover as adaptações daí decorrentes na legislação que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO.
2. No curso de sua tramitação na Câmara dos Deputados, o relator, Deputado José Guimarães, apresentou em plenário o projeto de lei de conversão da referida medida provisória, acrescentando ao diploma normativo dispositivos que regulam o denominado *regime diferenciado de contratações públicas*, com vistas às obras da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016.
3. Após a votação na Câmara dos Deputados, o projeto de lei de conversão à MP nº 527/2011 foi apreciado e aprovado no Senado Federal, e, posteriormente, encaminhado à sanção da Presidente da República.



¹ Instituído mediante deliberação em Ata da 491ª Reunião/Sessão Extraordinária da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, publicada no Diário da Justiça nº 162, de 25 de agosto de 2009, pág. 2.

4. Em 5 de agosto do ano em curso foi sancionada a Lei nº 12.462, sendo o seguinte o teor dos dispositivos impugnados, sob seu aspecto material²:

“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.

...

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

...

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

...

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

...

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

...

² Ressaltando que o inteiro teor do diploma é atingido pela inconstitucionalidade formal apontada a seguir, na fundamentação da peça.

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

...

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

...

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

...

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

...

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

...

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.

...

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

...

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

...

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

...

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

I - pré-qualificação permanente;

...

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

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

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



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

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

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

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

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

...

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

I - da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;

II - da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;

III - da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou

...

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo no caso das contratações integradas.

...

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.

.....”



DO VÍCIO FORMAL

5. A inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CR). Isso porque tal espécie normativa é da iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir, também com exclusividade, quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio.

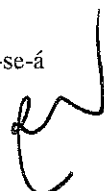
6. Certamente é dado ao Legislativo contestar os requisitos de urgência e relevância, e, ao final, rejeitar a medida provisória (art. 62, § 5º, da CR).

7. Concede-se, ainda, que haja espaço para emendas parlamentares no âmbito das medidas provisórias. É o que decorre da previsão contida no § 12 do art. 62 da CR³.

8. No entanto, a exemplo do que ocorre com os projetos de iniciativa exclusiva de outros Poderes e do Ministério Público, é preciso que guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original (ADI-MC 1.050, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 23/4/2004).

9. Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via. Não é por outra razão que a Resolução nº 1, de 1989-CN, que “*dispõe sobre a*

³ “Aprovado projeto de lei de conversão, alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”



apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal”, estabelece expressamente em seu art. 4º, § 1º, ser “vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória”.

10. Em matéria de iniciativa legislativa, o Supremo Tribunal Federal entende que a sua usurpação atenta de tal forma contra a ordem constitucional que nem mesmo a sanção daquele ente a quem cabia propor a lei convalida o vício. A título meramente ilustrativo, os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República). 2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não



afasta o vício de inconstitucionalidade formal. 4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 2.113, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 157, de 20/8/2009) (grifou-se)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS - REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - PROCESSO LEGISLATIVO - INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA - SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI - IRRELEVÂNCIA - INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 5/STF - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM-SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS. - O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes. - A usurpação do poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA



USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA. - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes. SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CIVIS E MILITARES). - A locução constitucional 'regime jurídico dos servidores públicos' corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Precedentes. A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 'IN ABSTRACTO'. - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF).” (ADI 2.867, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 9/2/2007) (grifou-se)

11. O mesmo entendimento deve ser aplicado à medida provisória. É que, seja em relação a ela, seja em relação à iniciativa privativa, há um componente de deliberação quanto à conveniência e necessidade que é intransferível para outros Poderes.

12. Portanto, como a Lei nº 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida.



*DOS VÍCIOS MATERIAIS**ARTIGO 37, XXI, DA CR*

13. A Constituição, em seu artigo 37, XXI, diz que *“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*.

14. Celso Antônio Bandeira de Mello, após observar que o dispositivo estabelece balizamentos a serem observados necessariamente pelas normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos no País, enfatiza o princípio da legalidade ali inscrito⁴:

“Assim, não há duvidar que, por força disto, os cidadãos têm o direito de participar de uma licitação segundo regras estabelecidas por lei – que direitos se regulam por lei, e não por atos de órgão da Administração. É um contra-senso que, sendo a licitação uma garantia do cidadão contra discriminações indevidas que lhe possam ser feitas pela Administração, sua disciplina seja estabelecida precisamente por ela, contra a qual a Constituição quis garanti-lo (a própria Administração).”

15. Os artigos 1º, incisos I e II, e 65, da lei impugnada estão em evidente contrariedade à vertente da legalidade que se encerra no art. 37, XXI, da CR. Eis o seu teor:

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 529.



“Art. 1º Fica 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.

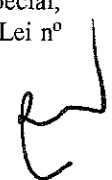
(...)

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”.

16. Tais dispositivos não fixam parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devam seguir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

17. No caso dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o artigo 1º, I, acima transcrito, delega à Autoridade Pública Olímpica⁵ a seleção das obras e serviços que deverão se submeter a tal regime, os

⁵ A Autoridade Pública Olímpica é um consórcio público, sob a forma de autarquia em regime especial, do qual são integrantes a União o Município e o Estado do Rio de Janeiro, consoante artigo 1º, da Lei nº 12.396/2011, e artigo 2º, do Protocolo de Intenções constante do Anexo da Lei nº 12.396/2011.



quais, por sua vez, deverão integrar o documento denominado Carteira de Projetos Olímpicos⁶.

18. Enquanto não definida a Carteira, o art. 65 permite que o RDC seja adotado para licitações e contratos que o administrador público entender necessários ao cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico e Paraolímpico Internacional.

19. O mesmo se dá em relação ao evento Copa do Mundo FIFA 2014, em que o RDC é previsto para serviços e compras definidos pelo Poder Executivo, por meio do Grupo Executivo (GECOPA 2014) do Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014⁷. O GECOPA 2014 é constituído pela Casa Civil da Presidência da República, Ministério dos Esportes, Ministério da Fazenda, Ministério do Turismo e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, consoante o artigo 4º do Decreto s/nº, de 14 de janeiro de 2010.

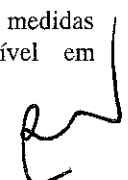
20. Especificamente para as obras da Copa do Mundo FIFA 2014, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas será adotado para licitações e contratos constantes da matriz de responsabilidades⁸ celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

21. A ofensa ao artigo 37, XXI, da CR, parece bastante evidente, pois o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim por ato do Executivo. Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o

⁶ A Carteira de Projetos Olímpicos é o conjunto de obras e serviços selecionados pela Autoridade Pública Olímpica como essenciais à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, consoante definição contida no artigo 3º, VII, do Protocolo de Intenções constante do Anexo da Lei nº 12.396/2011.

⁷ O Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA 2014) e o Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 (GECOPA 2104) foram instituídos pelo Decreto s/nº de 14 de janeiro de 2010, o qual institui o Comitê Gestor 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, e dá outras providências.

⁸ A matriz de responsabilidades é o documento que tem como pretensão definir as obras e responsabilidades da União, Estado, Distrito Federal ou Município para a execução das medidas conjuntas e projetos para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014. Acessível em "<http://www.esporte.gov.br/assessoriaEspecialFutebol/copa2014/compromissosCopa2014.jsp>"



que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo.

22. Como está fora de discussão a relevância de ambos os eventos, a mera referência a necessidades a eles vinculadas não oferece limitação alguma ao exercício da competência administrativa.

23. A experiência, de resto, mostra o risco que essa delegação representa para o patrimônio público. Por ocasião do Jogos Pan-Americanos de 2007, a União, Estado e Município do Rio de Janeiro não conseguiram organizar-se e identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados. Essa foi uma das razões para que o orçamento inicial do evento, de 300 milhões de reais, tenha sido absurdamente ultrapassado, com um gasto final na ordem de 3 bilhões de reais.⁹

24. O Tribunal de Contas da União manifestou-se a propósito no processo TC 014.075/2009 (Acórdão nº 2101/2008-Plenário de 24/9/2009):

“18. Esse acórdão resultou da apreciação do relatório final de acompanhamento da execução do Programa “Rumo ao Pan 2007.

(...)

21. Em decorrência especialmente da falta de planejamento e da definição tardia da matriz de responsabilidades, houve evolução da estimativa da despesa ao longo do tempo, bem como a participação cada vez mais substancial da União. Ao final, as Unidades Técnicas do Tribunal estimaram o custo dos jogos em cerca de 3,3 bilhões de reais aos cofres públicos. A participação da União aumentou cerca de 50%, sendo que, do valor global gasto por esse ente, mais de 70% foram aplicados no primeiro semestre de 2007, em razão de convênios, licitações e

⁹ Sobre as irregularidades ocorridas no Pan-Americano de 2007: TCU, Acórdão 876/2007-Plenário de 16/5/2007 e Acórdão 2101/2008, Plenário de 24/9/2008.

contratações de última hora, resultantes da falta de planejamento.¹⁰”

25. Deficiências graves no planejamento e na organização do Poder Executivo para a realização da Copa do Mundo FIFA de 2014 também já se anunciam. A matriz de responsabilidades prevista no art. 1º, inciso II, da Lei nº 12.462/11, não tem recebido a imprescindível e tempestiva atualização.

26. Num primeiro momento, em 23 de novembro de 2010, no processo TC 023.921/2010-9, conforme despacho do Ministro Valmir Campelo:

“Com base no acima exposto, e com fundamento nos dispositivos adiante mencionados, Decido:

I – determinar, com base no artigo 43, inciso I, da Lei no. 8.443, de 1992, combinado com o art. 250, inciso II, do Regimento Interno, preliminarmente ao Ministério do Esporte, na condição de coordenador do Comitê Gestor para a Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA 2014), que, no prazo de 30 (trinta) dias:

a) defina e envie a este Tribunal, por meio da Secretaria Geral de Controle Externo, cronograma com descrição das áreas a serem ainda incluídas na matriz de responsabilidades, a exemplo de hotelaria, segurança e telecomunicações;

b) fixe prazo certo para a assinatura da matriz de responsabilidades completa, com a relação de todas as intervenções essenciais para atendimento integral das garantias oferecidas à FIFA e para a realização da Copa do Mundo de 2014, com as respectivas indicações dos entes responsáveis e dos valores envolvidos, nos termos do Acórdão mo. 2.1010/2008-TCU-Plenário e da Instrução Normativa TCU no. 62/2010.

¹⁰ Sobre as irregularidades ocorridas no Pan-Americano de 2007 vide também: TCU, Acórdão 876/2007-Plenário de 16/5/2007 e Acórdão 2101/2008, Plenário de 24/9/2008.

c) implemente mecanismos de acompanhamento que contemplem informações completas e atualizadas de todos os gastos relacionados à Copa do Mundo de 2014, no âmbito dos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.”

27. Transcorridos aproximadamente oito meses dessa decisão, e mantendo-se inerte a União, o TCU, em junho de 2011, no Acórdão 1592/2011-Plenário, deliberou:

“9.3 - alertar a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios do Esporte, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) sobre:

9.3.1. a ausência de definição, até o momento, de qual seria o conjunto de obras consideradas essenciais à realização da Copa do Mundo de 2014, para as quais não se aplicam os limites de autorização de financiamentos a Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme exceção prevista no art. 7º, § 3º, inciso IV, da Resolução do Senado Federal nº 43/2001, com redação dada pela Resolução nº 45/2010;

9.3.2. a necessidade de estabelecer critérios objetivos para identificar quais obras devem ser consideradas como obras da Copa do Mundo de 2014, recomendando-se que esse critério esteja diretamente relacionado à previsão dessas obras na matriz de responsabilidades.”

28. Verifica-se, portanto, que a transferência, ao Executivo, da definição do regime jurídico da licitação pública, sem quaisquer critérios preordenados na lei, além da ofensa ao artigo 37, XXI, da CR, conspira contra os princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da eficiência administrativa.



29. Também estão em desconformidade com o art. 37, XXI, da CR os dispositivos abaixo transcritos e destacados:

“Art. 2º (...)

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

(...)

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

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

(...)

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente



aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados.

...

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 justificado.

§ 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, respeitadas as condições de solidez, segurança, durabilidade, qualidade, prazo de entrega e preço especificados no instrumento convocatório.

§ 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 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, fica 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.

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

I – da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;

II – da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;

III – da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou



(...)

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do caput no caso das contratações integradas.”

30. Os dispositivos conferem à Administração o dever de adoção preferencial do regime denominado contratação integrada no caso de obras e serviços de engenharia. Tal regime, nos termos da Lei nº 12.462, implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços.

31. Há duas implicações nesse regime, ambas em desconformidade com o parâmetro constitucional invocado.

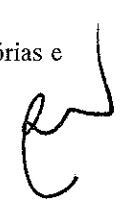
32. A primeira delas é que obras e serviços serão contratados sem que previamente se tenha definido, de forma clara, o seu objeto.

33. A definição prévia do objeto é um imperativo decorrente do princípio da isonomia dos concorrentes, pois é a partir dele que as diversas propostas podem ser objetivamente comparadas.

34. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666, em seu art. 6º, IX, definiu exaustivamente o que vem a ser o objeto da licitação, no caso de obras ou serviços, designando-o por *projeto básico*.¹¹

¹¹ Art 6º - Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
b) 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;
c) 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, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;



35. É a descrição analítica e adequada do objeto que permite o conhecimento da obra e/ou serviço a ser licitado, e, conseqüentemente, o oferecimento da proposta pertinente.

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

37. Além disso, para que a Administração possa fixar as *“exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*, é fundamental um delineamento prévio e preciso do objeto licitado. Do contrário, as exigências podem ficar subavaliadas ou serem impertinentes e exageradas, tudo em contrariedade aos postulados que regem a licitação pública, comprometendo, ao final, a sua razão de ser, que é a eleição da melhor proposta para a administração.

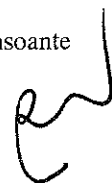
38. Reforce-se que a definição das características e do valor¹² das obras contratadas sob tal regime somente serão aferíveis após assinado o contrato e realizado o projeto básico pela pessoa contratada.

39. É por essa razão que, mesmo admitindo a execução de obras e serviços em regime de empreitada integral, a Lei nº 8.666 a define nos seguintes termos: *“quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e*

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

¹² A licitação é realizada com base em valor estimado em orçamento sintético ou expedito, consoante artigo 9º, § 2º, inciso II, da lei impugnada.



instalações necessárias (...)". Ou seja, ao contrário da Lei nº 12.462, a Lei nº 8.666 não admite que a empreitada integral englobe o projeto básico.

40. O Tribunal de Contas da União observa o quanto a baixa qualidade do projeto básico compromete os propósitos de uma licitação:

"TC 007.162/2006-0 – Acórdão 2873/2008

Voto do Ministro Relator

(...)

12. Quanto à necessidade, ou não, de elaboração de orçamento detalhado quando da contratação de obra em regime de empreitada global, a conclusão foi no sentido de que a lei exige a elaboração de tal orçamento detalhado para todo e qualquer tipo de modalidade de contratação, inclusive a empreitada integral, ou turn key, e de que as razões de ordem material que fundamentam essa exigência legal valem para todo e qualquer tipo de contratação, quer seja pela necessidade de a Administração conhecer a estimativa de custos da obra antes de licitá-la, de compatibilizar as execuções financeira e física do empreendimento, de avaliar os novos custos em caso de eventual modificação necessária no projeto, ou, ainda, de garantir que o preço pago seja uma justa remuneração pelo bem obtido.

(...)

21. Conforme informações apresentadas pela CTS (Companhia de Transportes de Salvador), os dois principais contratos da presente obra foram celebrados sob o regime de 'empreitada integral', por meio do qual as empresas licitantes oferecem um preço 'fechado' pela execução integral do objeto licitado, entregando-o em condições de plena utilização ou operação.

22. Uma primeira irregularidade grave, já detectada nos autos em instruções anteriores refere-se à baixa qualidade do projeto básico conforme constava da licitação, não apenas em seu detalhamento, mas também em suas soluções.

(...)



78. No que diz respeito à licitação, conclui-se que o projeto básico não se encontrava em condições de ser licitado, vez que não espelhava uma solução viável e suficientemente detalhada. O volume de modificações que se fizeram necessárias posteriormente demonstram objetivamente essa conclusão.

79. Apesar de a lei brasileira claramente determinar, e as normas do Órgão internacional financiador em nada obstarem, não foi elaborado um orçamento detalhado da obra por parte da administração, mas apenas um orçamento estimativo, baseado em comparações com outras obras do gênero, denominado 'orçamento appraisal'. Concluiu-se que esse orçamento não é suficiente a demonstrar os custos envolvidos na obra específica e não atende às exigências da legislação brasileira.

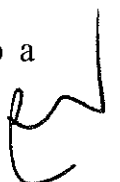
(...)

82. A má qualidade do projeto básico fez surgir a necessidade de diversas e profundas modificações no desenho original durante a execução da obra, que deu ensejo à celebração de diversos aditivos, o que também, e a princípio, não é permitido pela legislação brasileira em obras sob regime de empreitada integral, salvo para situações imprevisíveis.

(...)

118. Com efeito, a precariedade do projeto básico e a inexistência de orçamento com nível de detalhamento suficiente comprometem a licitação da qual adveio o contrato, vez que incompatíveis com as condições estabelecidas em lei. As modificações que se fizeram necessárias durante a execução da obra não só comprovam essa assertiva, como, por si só, já configuram razão suficiente para a nulidade do contrato, vez que seu objeto inicial restou desfigurado e que sua conclusão já exige que as condições inicialmente contratadas sejam alteradas acima dos limites legais". (Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2873/2008-Plenário).

41. Se assim o é em relação a um projeto básico de baixa qualidade, com muito mais razão se justifica tal entendimento quando a



contratação da obra e/ou serviço não se faz preceder de projeto básico, tal como se dá na empreitada global da Lei nº 12.462.

42. A segunda implicação no modelo de empreitada integral adotado pela Lei nº 12.462, ao permitir que se concentrem num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra e/ou serviço, está no desvirtuamento de todos os propósitos da licitação, como são aqueles inscritos no art. 37, XXI, da CR. Marçal Justen Filho observa a respeito:

“O projeto delinea os contornos da obra ou do serviço, que serão licitados posteriormente¹³. Logo, o autor do projeto teria condições de visualizar, de antemão, os possíveis concorrentes. Poderia ser tentado a excluir ou dificultar o livre acesso de potenciais interessados. Isso se faria através de configuração do projeto que impusesse características apenas executáveis por uma específica pessoa. Ou, quando menos, poderiam ser estabelecidas certas condições que beneficiassem o autor do projeto (ainda que não excluíssem de modo absoluto terceiros)”.¹⁴

43. Esta a razão de a Lei nº 8.666, em seu art. 9º, estabelecer:

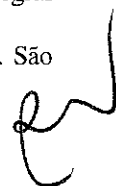
“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I- o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado”.

¹³ Os comentários são sobre a Lei nº 8.666, que, como visto, não permite que a empreitada integral englobe o projeto básico.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 152.



44. Aliás, a própria lei que ora se impugna reconhece essa incompatibilidade no art. 36 acima transcrito, mas, em razão do modelo de empreitada integral que adota, acaba por excepcionar a regra nessa hipótese.

45. Ainda em desconformidade com o art. 37, XXI, da CR, porque atingem a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade, os seguintes dispositivos:

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

I – pré-qualificação permanente (...)

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

I – fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

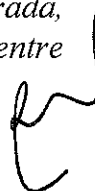
II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

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

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

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

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



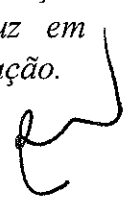
§ 5º A pré-qualificação terá validade de um ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo”.

46. A mais ampla competitividade, na disputa pela execução de obras e serviços públicos, é um desdobramento dos princípios republicano e da isonomia. Marçal Justen Filho assim o demonstra:

“A licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permite aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração, competindo entre si, em condições de igualdade. O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via da licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a maior qualidade, pagando o menor preço. Rigorosamente, trata-se do desdobramento do princípio mais básico e fundamental que orienta a atividade administrativa do Estado: o princípio da República. Toda atuação administrativa orienta-se à satisfação dos interesses supra-individuais. O administrador não possui disponibilidade do interesse que persegue. Em alguns casos, a Lei faculta ao administrador liberdade para escolher o modo de realizar esse interesse. Surgirá a discricionariedade, que não significa, contudo, liberação do administrador quanto ao fim a perseguir. Quando é obrigatória a licitação, impõe-se ao agente estatal o dever de adotar um procedimento predeterminado, de modo a assegurar a competição entre todos os potenciais interessados e obter as melhores propostas possíveis”¹⁵

(...)

“Mas a isonomia também se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração.



¹⁵ ob. cit., p. 63.

Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos”¹⁶

47. O procedimento de pré-qualificação permanente, no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, está na contramão disso tudo, uma vez que busca a habilitação prévia dos licitantes em fase anterior e distinta da licitação. E ainda permite que interessados não pré-qualificados sejam alijados da licitação (art. 30, § 2º).

48. O Tribunal de Contas da União já constatou, nesse modelo de pré-qualificação, inúmeras irregularidades, tais como, direcionamento de certames, conluio entre os participantes e sobrepreços, dentre outras. A propósito:

“TC 014.150/2007-7 - Acórdão 807/2008 – Plenário

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

64. Considerando que a restrição ao caráter competitivo da licitação é expressamente vedada no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (inc. I do §1º), e ainda a

¹⁶ ob. cit., p. 67.

relação dessa irregularidade com a ocorrência de sobrepreço nos contratos, torna-se evidente a necessidade de reavaliar a metodologia de contratação da Estatal.

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

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

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

70. Como consequência, os preços das propostas têm se situado acima do orçamento-base da Estatal, que, por sua vez, elaborado em dissonância aos dispositivos legais, apresenta indícios de superavaliação.

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



possibilidade de direcionamento e de conluio entre os participantes.

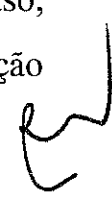
72. Todos esses fatores contrariam os princípios da licitação e descaracterizam o ambiente competitivo que levaria a uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

73. Ponderando-se que a legislação atual não traz a definição e as regras claras para a realização da pré-qualificação, apenas relaciona requisitos para a sua utilização (art. 114 da Lei nº 8.666/93); e ainda que as obras aeroportuárias não apresentam características que justifiquem a necessidade de uma análise mais detida da qualificação técnica das concorrentes, entende-se que eventuais vantagens advindas desse procedimento não compensam os riscos potenciais inerentes a ele. Desse modo, em nome da ampliação da competitividade, sugere-se a eliminação dessa fase nos procedimentos licitatórios de obras aeroportuárias.”

49. Observe-se que essa análise do TCU foi feita em face de pré-qualificação disciplinada pela Lei nº 8.666, que, em seu art. 114, a admite apenas quando “*o objeto da licitação recomende análise mais detida de qualificação técnica dos interessados*”.

50. Já na hipótese da Lei nº 12.462, a pré-qualificação é prevista para qualquer situação que envolva fornecimento de bem e execução de serviço e obra. Ou seja, não há aqui qualquer caráter de excepcionalidade, o que permite concluir pela possibilidade concreta de lesão à ampla competitividade que deve nortear as licitações.

51. Além dos dispositivos impugnados, deve ser declarada a inconstitucionalidade, por arrastamento, das expressões “pré-qualificação”, contida no artigo 7º, II, e “e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei”, contida no artigo 15, ambos da Lei nº 12.462. No primeiro caso, porque o fornecimento de bens não envolve o requisito de qualificação



técnica; no segundo, porque segue sendo válida a pré-qualificação da Lei 8.666.

ARTIGOS 215, 216 e 225, IV, CR

52. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de índole fundamental, na medida em que *“bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida”*. José Afonso da Silva observa:

“As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana”.¹⁷

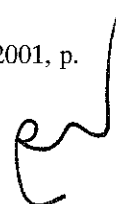
53. Também o são os direitos culturais, tal como enunciados nos artigos 215 e 216 da CR.

54. Há um importante precedente dessa Corte nessa matéria:¹⁸


“(…) A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 822.

¹⁸ ADI 3540 (MC), Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 3/2/2006, p. 14.



incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações."



55. A Lei nº 12.462 dispõe:

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

(...)

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

(...)

II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental.

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

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

Parágrafo único: Nas licitações disciplinadas pelo RDC: (...)

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

57. Tais dispositivos não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais/culturais, serão aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias.

58. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, §1º, IV, da CR é o instrumento adequado para se avaliar a extensão do dano e, mediante ponderação de interesses, decidir-se se é possível e conveniente a realização da obra ou da atividade, e as condições em que se desenvolverão.



59. Deve ser declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos dispositivos acima impugnados, para afastar qualquer interpretação que dispense exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade.


DO PEDIDO LIMINAR

60. Estão presentes os pressupostos para concessão de medida cautelar.

61. O *fumus boni iuris* está caracterizado por todos os argumentos acima expostos.

62. Já o *periculum in mora* decorre de dupla perspectiva. A primeira é que, se realizadas as licitações e contratações na forma regulada pela lei impugnada, haverá comprometimento ao patrimônio público, como já demonstrado, e de natureza praticamente irreversível. A segunda decorre da necessidade de se garantir aos gestores segurança para que deem início, de fato, às licitações e consequentes obras, serviços e atividades voltadas à Copa do Mundo FIFA de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016.

63. Requer-se, portanto, a concessão de medida cautelar, para o efeito de se obter, até o desfecho dessa ação, a suspensão da eficácia da Lei nº 12.462, em virtude de inconstitucionalidade formal, ou sucessivamente, dos seguintes dispositivos: art. 1º, I e II; art. 2º, parágrafo único, V; art. 8º, § 5º; art. 9º, *caput* e §§; art. 29, I; art. 30, I e II, e §§ 1º a 5º; art. 36, § 1º; art. 65; além da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das expressões “pré-qualificação” contida no art. 7º, II, e “e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei”, constante do art. 15.



64. E ainda a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto dos arts. 4º, § 1º, II, e § 2º, e 14, parágrafo único, II, com leitura a ser dada pelos artigos 225 e 226 da Constituição da República, para afastar qualquer interpretação que proporcione a dispensa de exigências próprias do licenciamento ambiental devido na implantação de obra ou de atividade relacionada àquele diploma legal.

DOS PEDIDOS FINAIS

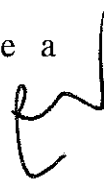
65. Ante o exposto, o requerente pleiteia que, colhidas as informações necessárias, seja ouvido o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República, e, em seguida, lhe seja aberta vista dos autos.

66. Requer, por fim, sejam julgados procedentes os pedidos, a fim de que seja declarada:

(a) a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011;

(b) a inconstitucionalidade material dos artigos 1º, I e II; art. 2º, parágrafo único, V; art. 8º, § 5º; art. 9º, *caput* e §§; art. 29, I; art. 30, I e II, e §§ 1º a 5º; art. 36, § 1º; e art. 65; além da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das expressões “pré-qualificação” contida no art. 7º, II, e “e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei”, constante do art. 15; e

(c) a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 4º, § 1º, II, e § 2º; e 14, parágrafo único, II, da Lei nº 12.462/11, com leitura a ser dada pelos artigos 225 e 226 da Constituição da República, para afastar qualquer interpretação que proporcione a



dispensa de exigências próprias do licenciamento ambiental devido na implantação de obra ou de atividade relacionada àquele diploma legal.

Brasília, 7 de setembro de 2011.



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA