



## Supremo deverá considerar a lealdade federativa ao apreciar RDC

Passados os eventos esportivos cuja urgência organizatória teria inspirado a concepção do chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), ainda pendem de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a legislação que deu sustentação à referida fórmula licitatória.<sup>[1]</sup>

A despeito de o tema já ter sido diversas vezes discutido pelos especialistas em matéria de licitações e contratos, cabe trazer a debate uma nova perspectiva, esta mais consentânea ao direito constitucional, relativa às implicações da adoção do RDC no contexto de um sistema federativo.

Nesse sentido, a questão a ser aqui enfrentada diz respeito à possibilidade de a União ter criado uma modalidade de licitação que praticamente só a ela beneficia, notadamente quando utilizada para as contratações relativas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), cuja extensão compete exclusivamente àquele ente central definir.

Assim, caberia perguntar: ao disciplinar o acolhimento em seu âmbito do RDC instituído pela Lei Federal 12.462, de 4 de agosto de 2011, os entes federativos regionais e locais poderiam contemplar hipóteses não prevista originariamente naquele diploma federal? Poderiam, por exemplo, contemplar os seus próprios planos regionais e locais de crescimento?

Tendencialmente, a resposta que de pronto se apresenta a quem se depara com a questão acima é pela negativa: na competência dos demais entes federativos para editar normas suplementares ao RDC não se inclui a possibilidade de estabelecer hipóteses não previstas na sistemática da lei federal correspondente.

A razão para essa resposta é relativamente simples de explicar.

Consistindo num regime exorbitante daquele estabelecido na Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, a aplicação do RDC há de ser feita de forma restritiva, de tal modo que aquilo que não estiver expressamente previsto pela lei federal do RDC sujeita-se, invariavelmente, ao regime geral constante da lei federal sobre normas gerais de licitações e contratos, no caso, a Lei 8.666/13.

Desse modo, se Lei Federal 12.462/11 estabelece como hipótese de utilização do RDC apenas o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (programa governamental de iniciativa exclusiva da União), não dando qualquer espaço (ao menos expressamente) aos projetos equivalentes dos demais entes federativos, então estes últimos deveriam ser submetidos à disciplina da Lei Federal 8.666/13, e não do RDC, que ficaria, assim, disponível apenas aos projetos que deliberadamente a União viesse a incluir no PAC.

Assim, segundo essa perspectiva, eventuais leis dos demais entes federativos que adaptassem o RDC às suas próprias necessidades locais incidiriam em inconstitucionalidade por desbordarem dos limites traçados pelo regime legal federal aplicável ao RDC. Mais precisamente, a inconstitucionalidade resultaria de aqueles entes submeterem os planos regionais e locais de crescimento aos preceitos do RDC e não ao regime da Lei 8.666/13.



Não obstante, esta é apenas uma primeira e irrefletida leitura acerca do quadro jurídico apresentado. Com efeito, uma interpretação constitucionalmente adequada da restritiva hipótese constante do artigo 1º, IV, da Lei 12.462/11, que, de maneira antifederativa, referiu-se à incidência do novo regime apenas ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, programa governamental de iniciativa exclusiva da União, poderá evidenciar as razões jurídico-políticas para uma possível adaptação da Lei do RDC aos programas regionais e locais de crescimento.

Ao instituir um regime diferenciado de contratações públicas exorbitante do modelo tradicional constante da Lei Federal 8.666/93, não há dúvida que a União exerceu a sua competência para legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, assim disciplinada pela Constituição de 1988 (artigo 22, XXVII, CF).

Embora encartada entre as competências legislativas privativas da União, sabe-se que, do ponto de vista da técnica constitucional, tal atribuição é no fundo uma competência legislativa concorrente (art. 24, §§ 1º a 4º, CF), tendo em vista que, por força do artigo 22, XXVII, já mencionado, o que a União faz mesmo é editar "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades", cabendo aos demais entes legislar de maneira suplementar sobre suas peculiaridades.[\[2\]](#)

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que por diversas vezes já reconheceu que “[a] Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que estados e municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades”.[\[3\]](#)

Assentado que as leis federais em matéria de licitações e contratos públicos constituem normas gerais a serem suplementadas pelas demais esferas governamentais, cabe demonstrar que a Lei do RDC pode ser enquadrada em tal categoria classificatória, de modo a permitir às instâncias federativas locais a suplementação da legislação federal em apreço.

Acerca do enquadramento da Lei 12.462/11 como lei federal sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos públicos, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios sustentam em obra doutrinária a seguinte posição:

Diferentemente do disposto nas leis 8.666/1993 (regime geral de licitação) e 10.520/2002 (modalidade pregão), a lei instituidora do Regime Diferenciado não consignou expressamente a extensão de sua aplicabilidade aos estados, Distrito Federal e municípios.

Contudo, diversos dispositivos da Lei 12.462/2011 permitem antever que a intenção do legislador foi editar uma norma de caráter nacional, ou seja, aplicável a todos os entes da Federação nela enquadráveis.



Assim, em razão dessa aplicabilidade ampla, deve prevalecer o entendimento de que o RDC foi editado com fundamento no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, o qual, além de exigir o caráter de generalidade da norma, fornece o necessário substrato constitucional para que leis da espécie sejam aplicadas a diversos entes da Federação.<sup>[4]</sup>

Tratando-se de uma nova modalidade de licitação, a consequência inevitável é de que a lei federal instituidora do RDC deve ser considerada lei federal sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

Diante disso, é inequívoco que Lei Federal 12.462/11, que institui o RDC, constitui-se em lei federal sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, como também é inegável, em razão disso, que os demais entes federativos poderão adaptá-la à própria realidade local.

Resta saber se, ao restringir o RDC às ações do PAC, a União andou bem no legítimo exercício de sua competência federativa para a edição de normas gerais em matéria de licitações e contratos.

Conforme abalizada doutrina, “[d]entre as leis editadas pela União, algumas há que se destinam à organização político-administrativa do Estado brasileiro, penetrando na estrutura da República Federativa para nela dispor instituições e institutos de governo e de administração, quer essenciais, quer acidentais à república e à federação”.<sup>[5]</sup>

Esse é o caso das leis nacionais sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, de que são exemplo a Lei do RDC e a Lei 8.666/93. Tais leis são editadas pela União para valer não apenas na sua esfera de governo, mas também na esfera de atuação dos estados, municípios e também do Distrito Federal, ainda que tais entes federativos possam, em momento subsequente, adaptar a disciplina federal às suas peculiaridades locais.

Ainda conforme Sérgio Resende de Barros, é possível afirmar em relação às “leis federativas” (ou leis “nacionais”, segundo a nomenclatura adotada por alguns autores) que:

A União as edita em nome do Estado Federal. Têm por fim imediato, alcançando outros entes federativos, completar a organização político-administrativa conferida pela Constituição à Federação. Com elas, a União não dispõe *interna corporis* exclusivamente, mas também legisla *externa corporis* inclusivamente, não só para si mesma, mas também para os estados, o Distrito Federal e os municípios, ingressando no recinto da Federação, para aí ativar institutos e instituições de ordem pública, de teor político-administrativo.<sup>[6]</sup>



---

Conforme se percebe, ao legislar sobre normas gerais, a União não age em nome próprio, mas em nome do todo, que é o próprio Estado Federal, formado pelo laço de indissolubilidade de todos os entes federativos (artigos 1º e 18, CF).

Por óbvio que ao atuar substitutivamente em nome do todo, como órgão ao mesmo tempo integrante e representativo da República Federativa do Brasil, a União não pode agir deliberadamente, como bem entender. Não pode agir em excesso de poder legislativo, beneficiando-se a si mesma em detrimento dos demais entes integrantes do Estado Federal.<sup>[7]</sup>

Nesse sentido, a União encontra-se subordinada a pelos menos dois princípios constitucionais restritivos de sua atuação no exercício da competência para edição de lei federal sobre normas gerais, sob pena de agir com excesso de Poder Legislativo.

Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 estabelece uma vedação de tratamento federativo anti-isonômico, pela qual os entes federativos estão proibidos de "criar [...] preferências entre si" (artigo 19, III, CF).<sup>[8]</sup>

Na visão da doutrina, essa vedação de tratamento anti-isonômico nas relações federativas decorre da “relação de respeito que deve vingar entre as entidades participantes da Federação, atribuindo a todas idêntico *status*, impedindo qualquer sorte de subordinação, que, de resto, desvirtuaria toda a forma federativa de organização”.<sup>[9]</sup>

Conforme será visto mais adiante, ao estabelecer como hipótese de aplicação do RDC as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, o artigo 1º, IV, da Lei 12.462/11, acabou por conferir *status* diferenciado entre a União e os demais entes federativos, com evidente situação de privilégio ao ente central.

A razão disso está no fato de que, embora o modelo licitatório do RDC configure-se como norma geral, apenas ao ente central é foi dado beneficiar-se de sua sistemática, no tocante aos seus próprios projetos governamentais estratégicos.

Outro princípio condicionante da conduta dos entes integrantes da Federação — inclusive da União quando no exercício de sua competência legislativa para normas gerais — é o princípio da lealdade federativa.

Também denominado de “princípio da conduta federativa amistosa”, o princípio da lealdade federativa originou-se do direito constitucional alemão. Trata-se de uma construção do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconheceu referido princípio como um preceito constitucional não escrito ou implícito.

Em um dos precedentes em que reconheceu referido princípio, manifestou-se aquela Corte Constitucional:

No Estado federal alemão, todas as relações constitucionais entre o Estado global e seus membros, assim como destes entre si, estão regidas, em seu conjunto, pelo princípio



constitucional não escrito que estabelece o dever recíproco da União e dos Estados-membros de observar uma conduta de lealdade federal (*BVerGE* 12, 205).[\[10\]](#)

Trata-se, em outras palavras, de um dever jurídico de a União e de todos os Estados assumirem condutas favoráveis ao regime federal. No plano doutrinário, o princípio da lealdade federativa consiste em que, mesmo quando respeitadas todas as normas constitucionais que regulam as relações entre União e Estados-membros, o sistema federal só pode funcionar se todos os seus integrantes comportam-se com um mínimo de lealdade para com os demais, o que inclusive pode significar a prestação de um apoio positivo em caso de necessidade de qualquer dos entes.[\[11\]](#)

Como implicações do reconhecimento do princípio da lealdade federativa, podem ser citadas as seguintes:

- a) existem obrigações concretas dos Estados em relação à União e desta em relação aos Estados que ultrapassam aquelas expressamente estabelecidas na Constituição Federal;
- b) existem limitações concretas ao exercício das competências que a Lei Fundamental confere aos entes federativos, que, no exercício daquelas, devem agir com a devida lealdade em relação ao interesse geral do Estado Federal e no tocante aos interesses concretos dos estados-membros.

Na prática, o princípio funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade de atos do poder público.

No Brasil, a despeito de algumas incursões doutrinárias sobre o tema, não existem registros expressos sobre a adoção do princípio da lealdade federativa pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, o conteúdo do referido postulado encontra-se evidenciado em diversas decisões da corte.

É o caso das decisões que estabelecem a proibição de guerra fiscal, na medida em que esta vedação pressupõe um dever de conduta federal amistosa. Ao analisar caso em que ocorrera “concessão unilateral de desoneração do tributo por um Estado federado, enquanto vigorem benefícios similares concedidos por outros”, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “[o] propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam” (ADIMC 2377).

Por outro lado, ante a vedação imposta por um determinado Estado a que outro Estado, por suas empresas estatais, participasse de programa realizado pelo primeiro com vistas à desestatização do setor energético mediante alienação de ações de empresa concessionária de sua propriedade, o Supremo Tribunal Federal entendeu legítima tal restrição, ante a “impossibilidade dos interesses de um Estado [no caso, o alienante] se submeterem aos interesses e decisões políticas de outro [o proponente]” (ADI 2452).

Também fruto de interpretação favorável ao princípio da lealdade federativa, está a proposta que redundou na Súmula Vinculante 30, *in verbis*: “É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios” (a propósito, ver RE 572762).[\[12\]](#)

Em todos esses casos, está subjacente o dever de conduta amistosa por parte dos entes federativos



---

envolvidos.

Aplicado o princípio da lealdade federativa ao presente debate, pode-se afirmar que a União, mesmo competente para editar normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, não pode, deliberadamente, estabelecer uma hipótese de aplicação do RDC, modelo geral de licitação que é, apenas aos seus programas governamentais estratégicos, como é o caso do Programa de Aceleração do Crescimento(PAC).

Assim, ao estabelecer hipótese de aplicação do RDC apenas aos seus programas governamentais estratégicos, deixando os demais entes federativos de fora dessa possibilidade, a União acabou incidindo em evidente conduta antifederativa.

Como se sabe, a hipótese de aplicação do RDC às “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)” (artigo 1º, IV) não constava do texto original da Lei Federal 12.462/11, sendo resultante, na verdade, de inclusão promovida pela Lei Federal 12.688, de 18 de julho de 2012.

Conforme anotam Ricardo Barreto de Andrade e Vítor Lanza Veloso, tal acréscimo deve ser encarado no contexto das sucessivas ampliações que têm ocorrido no âmbito de aplicação do RDC. Para esses autores, a ampliação decorrente da Lei 12.688/12 “pareceu eliminar a taxatividade das hipóteses de aplicação do RDC”, inclusive porque “não se tem notícia da existência de critérios objetivos para inclusão de uma obra no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”.[\[13\]](#)

A propósito, é nesta falta de critérios objetivos para a inclusão das obras do PAC que reside um dos aspectos antifederativos do artigo 1º, IV, da Lei 12.462/11.

Conforme já se disse, o RDC constitui nova modalidade de licitação, visto que criado por lei federal sobre normas gerais, o que lhe atribui, assim, caráter de lei nacional aplicável igualmente nas relações interfederativas, respeitado o dever de conduta amistosa ou com lealdade federativa entre os diversos entes políticos.

No entanto, a União, agindo em nome da República Federativa do Brasil (quando presumidamente deveria agir no interesse de todo o Estado Federal e jamais nos seus próprios interesses como entidade federativa central), editou lei federal sobre normas gerais (no caso, o RDC) contendo hipótese em que somente ela se beneficia.



Com efeito, somente a União pode dizer quais obras integram o PAC. Mesmo que adiram a eventuais programas de repasse de recursos aplicáveis ao programa, os demais entes federativos submetem-se à vontade política da União, na medida em que o PAC é acima de tudo uma política pública titularizada exclusivamente pelo Governo Federal.

Assim, apenas os projetos estratégicos da União estariam contemplados, em detrimento dos projetos dos Governos regionais e locais, cujos titulares seriam induzidos a preferir as bandeiras programáticas federais, visto que sujeitas a procedimento licitatório mais vantajoso do ponto de vista da celeridade e eficiência das contratações.

Nas duas citações anteriores, afigura-se evidente o caráter não transitório e geral do RDC, mas, ao mesmo tempo, também fica notório o monopólio da União na definição das obras e serviços que integrarão o PAC, e que, portanto, poderão submeter-se àquele regime diferenciado de contratações.

Num cenário como esse, em que os programas governamentais estratégicos dos demais entes da Federação ficam excluídos da aplicação de uma nova e mais benéfica modalidade de licitação, cria-se um sistema político-federativo de total ascendência da União e de seus projetos governamentais em face dos demais entes e suas respectivas políticas públicas, que, muito provavelmente, serão preteridas pelas ofertas de recursos e de procedimentos licitatórios mais céleres proporcionados pela adesão ao PAC.

Diante disso, parece inevitável que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade já aqui referidas, tenha que avaliar, desta feita de maneira mais contundente, a recepção do princípio da lealdade federativa no âmbito do sistema constitucional brasileiro. Se a Corte não declarar a inconstitucionalidade do RDC, parece que ao menos terá que considerar fórmulas de adaptação às peculiaridades locais que permitam aos demais entes federativos terem as mesmas prerrogativas de utilização dessa modalidade licitatória que aquelas conferidas à União.

[1] É o caso das ADIs 4645 e 4655, ambas da relatoria do Min. Luiz Fux.

[2] Fernanda Dias Menezes Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 103-4.

[3] RE 423560, Segunda Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, RT, v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683.

[4] Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios, *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 19.

[5] Sérgio Resende de Barros, “Lei nº 8.666: Lei Federativa”, *Revista do TCESP*, nº 73, Outubro/93, p. 55.



---

[6] Sérgio Resende de Barros, “Lei nº 8.666: Lei Federativa”, *cit.*, p. 56.

[7] Sobre o excesso de poder legislativo, Gilmar Ferreira Mendes ensina: “[c]uida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos” (*Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38).

[8] José Afonso da Silva menciona um “princípio da paridade entre as entidades da federação” (*Curso de direito constitucional positivo*, 23.ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 474).

[9] André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 9.ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1115.

[10] *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Organização e introdução Leonardo Martins, Tradução Hennig, Martins, Carvalho, Castro, Ferreira, Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 1821.

[11] Juan Joaquín Vogel, “El regime federal de la Ley Fundamental”, in: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 633 e ss.

[12] Sobre a situação atual da Proposta de Súmula Vinculante nº 30, conferir: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119642>.

[13] Ricardo Barreto de Andrade e Vítor Lanza Veloso, “Uma visão geral sobre o regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes”, in: Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira (coords.), *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*, 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 35.

#### **Date Created**

15/11/2014