

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

HENRIQUE SILVA OLIVEIRA

**ORÇAMENTO SIGILOSO DO RDC: MITIGAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA
PUBLICIDADE OU INCENTIVO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA?**

SALVADOR

2017

HENRIQUE SILVA OLIVEIRA

**ORÇAMENTO SIGILOSO DO RDC: MITIGAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA
PUBLICIDADE OU INCENTIVO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA?**

**Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação,
Especialização em Direito Público, como parte dos requisitos
para obtenção do título de Especialista em Direito Público
pela Faculdade Baiana de Direito de Salvador, no Estado da
Bahia.**

SALVADOR

2017

Esta versão do Trabalho de Conclusão de Curso, cujo tema se intitula como “**ORÇAMENTO SIGILOSO DO RDC: MITIGAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA PUBLICIDADE OU INCENTIVO AO PRÍNCÍPIO DA EFICIÊNCIA?**”, corresponde à Defesa do trabalho supradito.

Data: ____/____/____

Nota: _____

Banca Examinadora:

Prof. Orientador

Prof. Avaliador

Ordem é clareza. Ordem é harmonia. Ordem é método e celeridade. Ordem é razão e direito. (Rui Barbosa).

RESUMO

A Lei nº 8666/1993, regulamentadora do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, constitui-se como embasamento para licitações e contratos administrativos. Entretanto, a fim de driblar toda a burocracia da sobredita Lei na consecução dos eventos mundiais no Brasil, fora implementado no ordenamento jurídico brasileiro, o RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por meio da Lei nº 12.462/2011. O legislador, em vez de promover uma reforma na Lei que institui normas sobre licitações e contratos administrativos, elaborou uma nova legislação aplicável aos contratos ligados aos eventos desportivos – cuja incidência fora ampliada posteriormente –, resultando no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993. Em alguns aspectos, há conflito aparente do RDC com a Lei nº 8666/1993, o que consequentemente reflete nos princípios norteadores da Administração Pública. Diante disso, o presente trabalho visa pesquisar uma das inovações contidas no RDC, que prevê o sigilo da estimativa orçamentária nas licitações, sendo disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Palavras-chave: RDC. Aspectos polêmicos. Orçamento sigiloso. Publicidade *versus* eficiência.

ABSTRACT

The law nº 8666/1993, which regulates article 37, item XXI, of the Federal Constitution, constitutes a basis for bidding and administrative contracts. However, in order to circumvent the bureaucracy of the abovementioned Law in the achievement of world events in Brazil, the Differentiated Regime of Public Hiring, through law nº 12.462/2011, had been implemented in the Brazilian legal system. The legislator, instead of promoting a reform in the law that establishes rules on bids and administrative contracts, has drawn up a new law applicable to contracts related to sporting events - whose incidence was extended later -, resulting in the removal of the rules contained in law nº 8.666/1993. In some respects, there is apparent conflict between the RDC and law nº 8666/1993, which consequently reflects in the guiding principles of Public Administration. Therefore, the present work aims to research one of the innovations contained in the RDC, which provides for the secrecy of budget estimates in bids, being made available strictly and permanently to external and internal control bodies.

Keywords: RDC. Controversial Aspects. Stupid budget. Advertising versus efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LICITAÇÃO	10
1.1 Conceito	10
1.2 Previsão legal.....	13
1.3 Finalidade do procedimento licitatório.....	15
1.4 Princípios aplicáveis ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....	21
2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	32
2.1 A Conversão da Medida Provisória nº 527/2011 na Lei nº 12.462/2011	32
2.2 Aspectos gerais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....	33
2.3 A Lei nº 8666/1993 e suas vertentes de incidência ou não como uma norma geral	38
2.4 Alegações de Inconstitucionalidade Formais e Materiais do RDC	41
3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO RDC.....	46
3.1 A Contratação integrada	46
3.2 O sistema de inversão de fases como regra	51
3.3 Remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada	55
3.4 Orçamento previamente estimado e seu caráter sigiloso	59
4 ORÇAMENTO SIGILOSO	64
4.1 Evolução da publicidade do orçamento nas legislações	64
4.2 Publicidade <i>versus</i> eficiência no RDC.....	71
4.3 Entendimento do TCU como órgão auxiliar do Controle Externo.....	75
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8666/1993 que regula o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, traz consigo a exigência de que as compras, obras e serviços, sejam realizados mediante regular procedimento licitatório, sendo este um ato administrativo formal, praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

A licitação objetiva a melhor contratação possível, conciliando para tanto, a igualdade e a ampla concorrência. Tudo isso tem como norte os seguintes princípios: isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Seu julgamento é processado com supedâneo nos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No entanto, com a intenção de desburocratizar e desembaraçar a execução das obras dos eventos mundiais surgiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, oriundo da Medida Provisória nº 527 de 2011, que em suma, criou a Secretaria de Aviação Civil, alterou a legislação da ANAC e da INFRAERO e criou cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão.

O RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011, fora criado exclusivamente para a melhoria na infraestrutura brasileira por ocasião dos eventos mundiais que ocorreram no Brasil. Inicialmente, seu contorno de aplicação circundava apenas às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e das 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.

Em seguida, englobou as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e

reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; as ações no âmbito da segurança pública; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; os contratos a que se refere o art. 47-A (locação de bens móveis e imóveis) e as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação; as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Entretanto, a superveniência de tal Lei promoveu uma espécie de inquietude no mundo jurídico. A polêmica que gira em torno do novo ordenamento vai da criação da Medida Provisória nº 527/2011 até a produção dos efeitos da Lei nº 12.462/2011.

Diante disso, o presente trabalho visa apresentar as principais inovações do Regime Diferenciado de Contratações, destacando as controvérsias acerca do orçamento sigiloso – amplamente discutido no âmbito das Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/02 – sob a ótica dos princípios da publicidade e eficiência.

O que se pretende demonstrar são os benefícios trazidos pela prática do sigilo, bem como verificar se a publicidade poderá ser postergada com base no princípio da eficiência, caracterizado pela melhor aplicação dos recursos, sem deslembrar, porém, das críticas ofertadas ao instituto.

Tais objetivos serão fundamentados na doutrina, legislação e jurisprudência, buscando essencialmente os ensinamentos da Corte de Contas sobre o tema, além da análise de livros, artigos, legislação e pareceres, organizado em quatro capítulos.

Antes de adentrar numa análise mais apurada do RDC, serão abordados no primeiro capítulo temas como: definição, finalidade, princípios da Lei nº 8.666/1993, bem como os princípios aplicáveis ao Regime Diferenciado.

No segundo capítulo, serão abordados os aspectos gerais do RDC, bem como suas principais inovações, inclusive quanto aos conflitos aparentes com a Lei nº 8.666/1993.

O terceiro capítulo, por sua vez, apresentará as inovações mais polêmicas do RDC, especificando quais as alterações substanciais trazidas por tais institutos.

O quarto e último capítulo destina-se ao cerne do presente trabalho. Será demonstrada a evolução do orçamento sigiloso, sendo explicitado sob as vertentes da publicidade e da eficiência, cujo desfecho se dará com o entendimento da Corte de Contas da União.

Não é de se olvidar que mesmo com apreciável intenção de constituir um novo regime, o legislativo há tempos deveria ter promovido atenção maior a lei geral de licitações e contratos administrativos em vigor, porquanto se encontra superada em seu aspecto prático e, por vezes, não corresponde às expectativas da Administração, tampouco ao anseio público.

De qualquer sorte, o RDC possui inovações no âmbito administrativo que visam uma espécie de flexibilização do procedimento licitatório, com vistas a tornar concreta a melhor aplicação dos recursos.

1. LICITAÇÃO

1.1 Conceito

Sabe-se que a Administração Pública se submete às prerrogativas e sujeições estabelecidas pelo legislador, tanto para coibir a utilização ou disposição do erário, como para impedir o seu uso na satisfação de interesses pessoais.

Desta feita, a licitação, procedimento revestido de formalidade, garante a boa utilização da máquina pública, evitando subjetividade nas contratações realizadas pela Administração, colaborando com a admissão da impessoalidade e moralidade nos ajustes administrativos, além de garantir a economicidade e a consequente proteção ao erário.

É certo que a licitação está intimamente ligada ao princípio da legalidade, que, sem grandes pormenores, impõe ao Poder Público agir de acordo com a lei. De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles¹, a licitação pode ser conceituada como:

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos.

Por seu turno, Carlos Pinto Coelho Motta² traceja o seguinte conceito:

[...] procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, obediente aos princípios constitucionais que a norteiam, escolhe a proposta de fornecimento de bem, obra ou serviço mais vantajosa para o erário. A proposta selecionada deve representar a opção dotada de maior economicidade tendo em vista o interesse público.

Dos conteúdos acima colacionados, extrai-se a ideia de que a licitação não se constitui em atividade meramente discricionária, regida pela oportunidade e

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 297.

² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 2.

conveniência do administrador. Utilizando novamente a lição de Carlos Pinto Coelho Motta³, conclui-se que a licitação é um “[...] instrumento obrigatório, como mencionado em diversos dispositivos da Carta Magna (art. 22, XXVII, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/98; art. 37, XXI; art. 175)”.

Trata-se, portanto, de um procedimento administrativo formal, por meio do qual o Poder Público intenciona a obtenção da proposta mais vantajosa, mediante a isonomia de disputa dos licitantes, bem como fomenta o desenvolvimento nacional sustentável. Tudo isso, visa a promoção do interesse da coletividade, conhecido como interesse público primário.

Por ser um procedimento formal, o certame deve seguir uma série de determinações constitucionais e disposições da Lei nº 8.666/93. Sem grande rigor, divide-se a licitação em duas fases: interna e externa.

É justamente na fase interna que a Administração realiza os estudos para a aquisição de bens, para a execução de serviços comuns/engenharia ou para as obras que pretende realizar. Com isso, feita a pesquisa de mercado, a Administração estipula o valor máximo para a contratação, delimitando a modalidade, que pode ser: concorrência pública, tomada de preços, convite, pregão e RDC.

Em tal fase, a Administração demarca o objeto, corrigindo eventuais falhas do procedimento, sem a necessidade de anular os atos praticados. É, portanto, o momento da definição das condições editalícias, sempre guiadas pela eficiência e pela economicidade, objetivando o atendimento dos anseios do Poder Público e da coletividade.

Finda a fase interna, dá-se início a fase externa da licitação com a publicação do instrumento convocatório, comumente chamado de Edital, exceto para a modalidade convite, cujo termo utilizado é “carta-convite”.

³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 2.

A fase externa, conduzida pelas finalidades e princípios da licitação, busca a proposta mais adequada aos interesses da Administração, a partir das especificações técnicas reproduzidas no instrumento convocatório.

É de suma importância que as licitações sejam publicadas de acordo com a legislação específica, a fim de garantir o máximo de divulgação, e, por conseguinte, um maior número de participantes.

Nessa seara, Blanchet⁴, ilustrando o sentido da expressão “para que licitar”, explana:

Deve, portanto, o administrador, primeiramente identificar o motivo da licitação, conforme estudo desenvolvido no capítulo anterior, e após ter perquirido o porque da licitação, deverá observar e preservar criteriosamente a correlação de pertinência lógica entre o suporte fático assim identificado (motivo de fato) e o procedimento licitatório executado, norteando-se sempre e indefectivelmente pela finalidade, que nada mais é do que a satisfação da necessidade pública que consubstanciou o suporte material da licitação.

Portanto, o administrador ao gerir a máquina pública, além de satisfazer o interesse coletivo, deve contratar sempre com supedâneo na legislação aplicável à espécie, sob pena de declarar-se ilegal o ato, além da aplicação de penalidades aos envolvidos.

O Ministro Edson Vidigal, funcionando como vogal no julgamento da Ação Penal nº 15, se manifestou do seguinte modo:

[...] o dinheiro público, resultante da contribuição sofrida dos cidadãos, mediante os tributos que lhes são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum, sem considerar prioridades voltadas para as questões mais urgentes da coletividade.

A autoridade do poder público, responsável pela guarda e emprego do dinheiro público, não pode se afastar, ademais de um princípio ético que o preserve no respeito geral, sem suspeitas. Essa postura ética é indissociável da moral imprescindível ao exercício da sua autoridade.⁵

⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, ética e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 97.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 15. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha, José Rodrigues Dias e Francisco de Lagos Viana Chagas. Relator p/ Acórdão: Ministro Bueno de Souza. Brasília, 11 de outubro de 1990. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=198900070681&dt_publicacao=04/02/1991&cod_tipo_documento=3>. Acesso em 30 jul. 2016.

Por tais razões, os princípios administrativos existentes na Constituição, bem como aqueles descritos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e na Lei do Regime Diferenciado de Contratações, tornam-se indispensáveis para uma boa gestão e aplicação eficiente do erário nas contratações públicas.

1.2 Previsão legal

A Constituição Federal traz a competência para legislar sobre as licitações e contratos administrativos. Tal competência fica a cargo da União, podendo os demais entes legislar a respeito, desde que não conflitem com as normas editadas pela Federação, conforme dispõe o artigo 22, inciso XXVII, da C.F.

O texto constitucional, em seu artigo 37, inciso XXI⁶, estabelece como condição obrigatória para obras, serviços, compras e alienações a prévia licitação:

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.

Basicamente, existem três regimes licitatórios para o aperfeiçoamento das licitações e dos contratos administrativos, quais sejam: Lei nº 8.666/1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública); Lei nº 10.520/2001 (Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 jul. 2016.

bens e serviços comuns) e Lei nº 12.462/2011 (Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

A Lei nº 8666/1993, foi oriunda da necessidade de modernização das licitações e contratos brasileiros. Com a promulgação da Constituição de 1988, os anseios por normas modernas ficaram evidentes, o que ocasionou o rejuvenescimento do Decreto-lei nº 2.300, de 21/11/86.

Tal decreto dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal de forma simples, sem maiores detalhamentos, diferindo da Lei nº 8666/1993, sendo apresentada mediante o Projeto de Lei nº 1.491 em 10/06/1991, por Luís Roberto Ponte, sendo transformado em Lei na data de 21/06/1993.

Dáí em diante, inúmeras foram as inovações que impactaram os procedimentos licitatórios. Houve a regulamentação do artigo 175 da Constituição Federal pela Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão do serviço público.

Em 2002, a Lei nº 10.520 instituiu a modalidade licitatória “Pregão”, que se presta a aquisição de bens ou execução de serviços comuns. Tal modalidade evidencia a eficiência do Poder Público, por utilizar o sistema de inversão de fases e possibilitar aos concorrentes que realizem lances, garantindo a economicidade da contratação.

Ainda no que diz respeito ao Pregão, o Decreto nº 5.450/2005, trata de regulamentar a forma eletrônica do pregão para aquisição de bens e serviços comuns, sendo que a forma eletrônica é a preferência quando da escolha da modalidade.

Mais tarde, a Lei Complementar nº 123/06, veio a beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte, atribuindo tratamento diferenciado àquelas.

Posteriormente, a Lei nº 11.079/2004, veio a incentivar os investimentos em infraestrutura, por meio da Parceria público-privada, sendo um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Por fim, no ano de 2011, fora instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, cujo intento seria realizar contratações mais ágeis, mitigando os processos burocráticos impostos pela Lei nº 8666/1993.

O RDC veio a polemizar no que condiz aos seus conflitos aparentes com o instituído na Lei de Licitações vigente, porquanto, discute-se a eficácia de uma lei destinada, inicialmente, a perdurar em determinado período/espço em detrimento da Lei nº 8666/1993, considerada por alguns como “normas gerais”.

O Regime Diferenciado outrora atrelado especificadamente à estrutura dos eventos mundiais, passou a integrar obras, serviços de engenharia, ações e programas não relacionadas às Olimpíadas e Paraolimpíadas realizadas neste ano, tampouco com a Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo de 2014.

De qualquer modo, vê-se a crescente movimentação no processo de racionalização dos procedimentos licitatórios e contratos firmados pelo Poder Público, sendo que o RDC foi o ponto de partida para novas discussões e debates acerca da urgente necessidade de uma lei de licitações mais eficiente e adequada.

1.3 Finalidade do procedimento licitatório

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos elenca em seu artigo 3º, *caput*, as finalidades do procedimento licitatório, quais sejam: observância do princípio constitucional da isonomia; seleção da proposta mais vantajosa para a administração e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Indubitavelmente, o interesse da coletividade está intimamente ligado às finalidades da licitação, devendo também ser julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, dentre outros.

Licitação é, portanto, uma sequência de atos que buscam atingir o interesse público, mediante instrumentos que asseguram a isonomia, a proposta mais vantajosa e o desenvolvimento econômico sustentável, originando uma relação contratual entre licitante e Administração Pública.

Assim, o Poder Público deve permitir o livre acesso de quaisquer interessados à disputa pelo contrato com a Administração, bem como evidenciar em todas as fases a igualdade de concorrência dos participantes.

Decio Guerreiro⁷ explica que “[...] todos os participantes devem obedecer às mesmas leis ou regras, ou seja, todos concorrem sempre em condições iguais, o que é aplicável a um, é aplicável a todos”.

E mais:

Com isso, todos estarão no mesmo nível de atendimento e de esclarecimento. É o princípio da igualdade de todos os participantes perante a lei. Dessa forma, a isonomia deverá sempre imperar para que não seja aplicada a injustiça de preterir algum concorrente ou mesmo permitir facilidades a outro em detrimento dos demais.

É certo que tal finalidade, deve acompanhar o processo desde o seu nascedouro, pelo que, a própria Lei nº 8666/1993, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, rechaça qualquer tipo de discriminação no seio do instrumento convocatório, vedando ao agente público, “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”.

Após a publicação do instrumento convocatório, a Administração deve verificar a partir de critérios preexistentes no corpo do Edital a proposta que melhor atenda as suas necessidades, caso qual, se exige do ente um tratamento isonômico. Marçal Justen Filho⁸ preconiza que “todos os interessados e participantes merecem tratamento equivalente”.

⁷ GUERREIRO, Decio. *Guia Prático para participação em Licitações*. 1ª ed. Salto, SP: Schoba, 2014, p. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 32.

⁸ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 61.

Sendo assim, é defeso incluir restrições na disputa, sejam elas benéficas ou detrimntosas, ou ainda, descumprir as normas e condições previamente estabelecidas no Edital.

A isonomia é um dos pilares da licitação, sendo que na ocorrência de qualquer dubiedade em relação a sua aplicação, a Administração não pode comprometer a igualdade entre os concorrentes, tampouco sacrificá-los com quaisquer tipos de ônus.

Dessa forma, comprovada alguma irregularidade que ofenda a isonomia, é de rigor a anulação do processo licitatório, pois referida mácula afasta a legalidade e a possibilidade de igual concorrência no certame, refletindo, por conseguinte, no abalroamento da segunda finalidade da licitação, qual seja, a busca pela proposta mais vantajosa.

A próxima finalidade, elencada no artigo 3º, “caput”, da Lei nº 8.666/93, tem como foco a seleção da proposta mais vantajosa, todavia, sabe-se que nem sempre a proposta mais acessível será a mais benéfica.

Nos dizeres de Marçal Justen⁹ deve a Administração “[...] assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício”.

Por conta da vantajosidade, a Administração Pública deve especificar as quantidades e características do objeto a ser licitado, de forma que possibilite aos participantes da licitação estimar o preço de acordo com o objeto almejado.

No entanto, é de se firmar que a proposta mais vantajosa nem sempre é a menos custosa em seu sentido literal, mormente pela existência de tipos diversos de licitação, como melhor técnica, técnica e preço e a de maior lance ou oferta.

⁹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 61.

A propósito, Carlos Pinto Coelho Motta¹⁰ afirma:

Embora se tenha mantido a redação do objetivo como “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”, de forma genérica, a Lei optou, em um certo sentido, pela proposta de menor preço, como veremos mais tarde. Entretanto, prevê o art. 45 fatores e critérios que explicitam o preço e retiram o seu caráter absoluto, impedindo que se caia, pura e simplesmente, na proposta mais barata.

E mais:

A opção pelo menor preço já foi critério absoluto na vigência do art. 743 do Código de Contabilidade da União, de 1922, e como lembra José Cretella Júnior, já comentando a Lei 8.666/93, “nem sempre o preço é fator preponderante para aceitação da proposta mais barata, pois, confrontando com outros fatores, pode ser por eles superado, desde que apresentem maiores vantagens para o Estado.

Neste sentido, o julgamento da proposta deve guardar consonância com os critérios estipulados pela Administração, pois, não há sentido em escolher uma proposta de baixo custo se, quando da sua confecção, não foram obedecidos os requisitos previamente determinados pelo Poder Público no Edital.

Portanto, tem-se que a “menor proposta” não se confunde com a “melhor proposta”: quer porque, não há como sepultar os tipos diversos de licitação (melhor técnica, técnica e preço e a de maior lance ou oferta); quer porque, a “melhor proposta” é muito mais abrangente, englobando uma análise mais apurada, compactuando aspectos financeiros e técnicos do bem, serviço ou obra a ser contratada.

Para o arremate da questão, pertinente colacionar o entendimento do jurista Benedicto de Tolosa Filho¹¹:

A proposta mais vantajosa para a Administração deve estar em perfeita sintonia com os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, isonomia e de probidade administrativa, pois não se admite, sob qualquer pretexto, que esses princípios sejam sacrificados.

De mais a mais, mediante o teor da Lei nº 12.349/2010, conversão da MP nº

¹⁰MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 106.

¹¹FILHO, Benedicto de Tolosa. *Licitações, contratos e convênios*: incluindo a modalidade de pregão. Curitiba: Juruá, 2013, p. 25.

495/2010, incluiu-se dentre as finalidades da licitação, a promoção do desenvolvimento sustentável. Com o escopo de maximizar a proteção ao meio ambiente, social e tecnológico, cujos temas são discutidos largamente nos dias atuais até mesmo pela escassez dos recursos e usos imoderados, usou o legislador artifício sábio em prever que a Administração realize suas licitações com empresas que ofereçam produtos e serviços sustentáveis.

Marçal Justen Filho¹² expõe que a finalidade em comento pode ser vista por duas dimensões: a dimensão econômico-social e a dimensão ecológica. Sobre a primeira vertente, o autor abaliza:

O contrato administrativo é concebido como instrumento para fomentar atividades no Brasil. [...] Isso significa, em última análise, assegurar um tratamento preferencial às empresas estabelecidas no Brasil. Poderá haver uma preferência pela contratação de empresas aptas a assegurar empregos, a pagar tributos e a manter a riqueza nacional no Brasil.

Sobre a dimensão ecológica, o tema é tratado pelo autor como sendo uma “[...] adoção de soluções ambientalmente corretas. A contratação administrativa deve buscar práticas amigáveis ao meio ambiente, reduzindo ao mínimo possível os danos ou uso inadequados dos recursos naturais”.

Além disso, a obra de Helly Lopes Meireles¹³ (2014, p. 298) traz a seguinte contribuição:

A Lei 12.349, de 15.12.2010, conversão da MP 495/2010, dando nova redação ao art. 3º da Lei 8.666, agregou como terceira finalidade a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, entendida como a busca do desenvolvimento econômico e do fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, usando-se para esse fim o poder de compra governamental, mediante novas normas que asseguram “atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País.

Além das finalidades acima mencionadas, a Lei nº 12.462/2011 incluiu como objetivos do RDC: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade

¹²FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 64.

¹³MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 298.

entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e incentivar a inovação tecnológica.

Acerca do primeiro objetivo – ampliação da eficiência e competitividade –, Benedicto de Tolosa Filho¹⁴ apresenta a eficiência como:

[...] o atendimento às necessidades dos administrados dentro de rígidos padrões de quantidade, de qualidade e de efetiva utilidade, aliados à escolha da proposta mais vantajosa, de acordo com o tipo de licitação utilizado e os critérios de julgamento traçados objetivamente no instrumento convocatório da licitação.

Aliado a isso, a Súmula 177 do Tribunal de Contas da União¹⁵, com o espírito de promover a eficiência e o consequente fomento à competitividade, corrobora a necessidade de traçar um planejamento hábil daquilo que se quer adquirir:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Neste sentido, delinear satisfatoriamente o objeto contendo todos os planejamentos e especificações do bem, serviço ou obra, permite, indubitavelmente, uma maior competitividade entre os licitantes, em proveito do interesse público.

O RDC incluiu também dentre os seus objetivos, a troca de tecnologia em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, bem como o incentivo a inovação tecnológica.

A Lei nº 13.243/2016 que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação, incluiu no rol do artigo

¹⁴FILHO, Benedicto de Tolosa. *Licitações, contratos e convênios*: incluindo a modalidade de pregão. Curitiba: Juruá, 2013, p. 20.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 177. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/13/177/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>> Acesso em 02 ago. 2016.

1º da Lei nº 12.462/2011 a utilização do RDC nas ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

A Constituição Federal, em seus artigos 218 e 219¹⁶, prescrevem uma atuação estimulante por parte do Estado:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Para Carlos Pinto Coelho Motta¹⁷, o desenvolvimento econômico nacional consignado pela proteção da autonomia tecnológica é uma política de fomento:

Hoje, não mais diríamos que o processo licitatório visa *unicamente* selecionar o contrato mais vantajoso para suprimento do setor público. Esta seria uma definição pobre, mesmo considerando os princípios da eficiência e da economicidade balizadores do instituto. A consciência do momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção da licitação, a ser doravante entendida como um procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do País, nos precisos termos do art. 219 da Constituição Federal. É um conceito que incorpora a variável de “fomento”, decisiva para o tempo econômico atual.

Em suma, a licitação também é um meio de tornar a política pública eficiente, posto que a produção do conhecimento e sua transformação em instrumentos tecnológicos dependem, sobremaneira, da atuação estatal.

1.4 Princípios aplicáveis ao Regime Diferenciado de Contratações

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 02 ago. 2016.

¹⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 104.

Com base no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 12.462/2011, os princípios aplicáveis às licitações processadas sob a modalidade do Regime Diferenciado de Contratações são: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Convém ressaltar, de início, que a não observância dos princípios compromete o processo licitatório, tornando-o passível de anulação. Merece destaque a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Por conseguinte, caso o intérprete esteja diante de uma situação de conflito entre princípios, a técnica do sopesamento, por meio da proporcionalidade, corroborada pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, é a solução a ser ofertada.

Decerto, a ponderação dos princípios leva em conta a melhor argumentação do intérprete, por isso, o fato de um princípio “preponderar” em face de outro não produz sua ilegitimidade, tampouco gera um produto concludente.

A seguir, destacam-se os princípios arrolados no artigo 3º, *caput* da Lei nº 12.462/2011. Cumpre salientar, desde já, que a ordem dos mandamentos não está pautada numa escala de relevância, mesmo pelo fato de que todos os princípios possuem o mesmo valor na aplicabilidade das normas jurídicas, mas pela simples disposição do artigo acima mencionado.

Ademais, cumpre salientar que para o RDC, o desenvolvimento nacional sustentável é considerado como princípio, ao passo que a Lei nº 8.666/1993

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 967.

estabelece como um objetivo. Ademais, são inseridos os princípios da economicidade e da eficiência no âmbito dos procedimentos realizados sob a égide da Lei nº 12.462/2011.

De início, o princípio da legalidade impõe que a atividade estatal deverá ser submetida aos parâmetros previamente estabelecidos pela legislação.

Licínia Rossi¹⁹ ensina que o referido princípio “[...] estabelece que o administrador só pode fazer o que a lei autoriza ou determina; pauta-se, assim, num critério de subordinação à lei”.

A legalidade traz uma espécie de limitação ao agente público, ao passo que impõe contornos legais como meio de impedir a utilização da máquina pública como melhor lhe aprouver. Hely Lopes Meirelles²⁰ explica:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Conforme lição do artigo 2º, p.u., inciso I, da Lei nº 9.784/99, a Administração deve atuar conforme a Lei e o Direito, daí porque além de agir nos termos legais, o agente público deve observar, de igual forma, os princípios administrativos.

Todavia, na visão de alguns juristas, o princípio da legalidade deve ser apreciado de forma abrangente, e por assim ser, não pode ser interpretado de maneira sucinta haja vista a existência de omissões/lacunas no ordenamento legal. Partindo desta premissa, Carlos Pinto Coelho²¹ expõe:

[...] a legalidade, ou submissão à ordem jurídica, não deve jamais ser entendida como legalismo estéril, inconstentâneo com a realidade instrumental da licitação; pois, como se sabe, a competição licitatória deve ser vista essencialmente como um instrumento de melhoria do gasto público.

¹⁹DIAS, Licínia Rossi Correia. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

²⁰MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

²¹MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 2.

É certo, porém, que há espaço para discricionariedade na confecção do Edital, com a condição, é claro, de resguardar o interesse público. Entretanto, isso não significa que o Poder Público está livre para violar os preceitos legais, fixando cláusulas restritivas ou que frustrem o caráter competitivo.

Da mesma forma, não é lícito ao agente público desmerecer os atos infralegais que organizam os processos licitatórios, sob pena de tornar o ato ilegal.

Em consonância a legalidade, encontra-se também o princípio da impessoalidade, devendo ser entendido sob a ótica de que, em se tratando de Administração Pública, todos os gestores devem agir de modo impessoal, sem subjetivismo.

A Administração deve tratar a todos de forma isonômica, utilizando em seus atos critérios meramente objetivos, sem prover benefício ou discriminação a uma parcela. Isso quer dizer que o Poder Público deve agir com neutralidade, vedado o estabelecimento de distinções gratuitas, que só poderão ser implantadas em razão de interesse público, sob pena de caracterizar desvio de finalidade.

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² consigna:

[...] o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.

Noutro giro, é vedado ao administrador se valer da execução de alguma atividade pública com o intuito de obter promoção pessoal. É o que diz o artigo 37, § 1º, da Constituição Federal²³:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que

²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68.

²³BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 05 ago. 2016.

caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Portanto, não pode o agente público promover propagandas pessoais, a julgar que os atos realizados devem ser imputados ao órgão vinculado ao agente, logo, as atividades, obras e aquisições realizadas pela Administração não podem ser adstritas ao nome do gestor ou autoridade competente, mas sim ao Poder/esfera que ensejou o funcionamento da máquina estatal.

Segundo o princípio da impessoalidade (ou da finalidade), o objetivo certo de qualquer ato administrativo é o interesse público. Sobre a matéria, ensina Hely Lopes Meirelles²⁴:

Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

Por outras palavras, o Poder Público deverá deflagrar o certame diante da existência interesse público que o legitime, caso contrário, praticará desvio de finalidade, anotado no artigo 2º, parágrafo único, alínea 'e' da Lei nº 4.717/65 por meio da seguinte definição: o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Como consequência, o agente deve ser moral, o que denota a boa fé e limpidez na consecução das suas tarefas.

De acordo com a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello “[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação”²⁵.

²⁴MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 95.

²⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119.

Ademais, o princípio da moralidade encontra-se agasalhado no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, que assegura a interposição de ação popular em face de qualquer ato lesivo à moralidade administrativa.

Como quarto princípio, destaca-se a igualdade, cujo sentido exige a igualdade de condições a todos os concorrentes durante a licitação.

Odete Medauar²⁶ ressalta que a igualdade é a "[...] isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendam participar da licitação, vedada qualquer discriminação".

O princípio da igualdade reflete na paridade de direitos a todos os interessados em contratar, pautado no tratamento igualitário em termos de direitos e obrigações a todos os concorrentes.

A seguir, o princípio da publicidade, funciona como inibidor à utilização de recursos e bens da coletividade em favor de intentos corruptos, refletindo também na moralidade administrativa.

É certo que para corroborar a eficácia e legalidade dos atos administrativos, deve a Administração torná-los públicos de modo que garanta o acesso a todos os cidadãos.

Nas licitações, a publicidade é condição especial de eficácia, sendo que a Lei nº 8666/1993, preconiza em seu artigo 61, parágrafo único, que a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, é condição indispensável para sua eficácia, estipulando um prazo legal para a ocorrência.

Ao ver de Benedicto de Tolosa Filho²⁷ a ausência da publicidade, ou ainda, a mitigação de dados relevantes, torna o ato contaminado:

²⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

²⁷ FILHO, Benedicto de Tolosa. *Licitações, contratos e convênios*: incluindo a modalidade de pregão. Curitiba: Juruá, 2013, p. 17.

[...] viciado é o ato cuja publicidade foi implementada de modo simulado ou truncado, visando ocultar seu verdadeiro sentido e alcance, como, por exemplo, a divulgação de aviso de licitação que mencione o objeto da licitação de forma genérica, ou ainda, omita o local e a forma de obtenção do instrumento convocatório e seus anexos.

Além da divulgação nas Imprensas Oficiais, a Administração deve promover a exposição em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, conforme assinala o artigo 8º da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

No que tange ao RDC, fora emitido o Decreto Presidencial nº 7034/2009 com o intuito de divulgar dados e informações relativos à Copa do Mundo de Futebol de 2014, por meio do Portal da Transparência do Poder Executivo Federal.

A crítica levantada em face do orçamento sigiloso possui arrimo no princípio da publicidade, eis que sua divulgação se dará apenas e tão logo encerrada a licitação, cujo tema é o cerne do presente trabalho.

Por derradeiro, infere-se que a publicidade do ato administrativo é um instrumento de controle da sociedade, acarretando cada vez mais a transparência da coisa pública.

Em continuidade, o princípio da eficiência atrela o fator produção com a economia, cuja lição de Licínia Rossi²⁸ o traduz nas seguintes premissas: “[...] melhor desempenho possível por parte do agente público” e “melhores resultados na prestação do serviço público”.

Com a inserção do princípio da eficiência no texto constitucional, é de clareza solar que a Administração deve demonstrar categoricamente a utilidade e eficiência do objeto a ser executado ou adquirido.

A eficiência acaba por refletir na economicidade, levando-se em conta também a relação custo-benefício. Desta feita, o Poder Público precisa se esquivar de

²⁸ DIAS, Licínia Rossi Correia. *Direito administrativo I*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

estruturas que parasitem os anseios da população, e por isso, pode (e deve) utilizar mecanismos que garantem o atendimento ao interesse público.

O princípio da probidade administrativa, por sua vez, denota que o agente público deve zelar pelos interesses da Administração postos sob sua responsabilidade, de modo a cumprir categoricamente os princípios administrativos, bem como proteger o erário.

A probidade administrativa constitui-se como dever do administrador e, no entendimento do jurista Hely Lopes Meirelles foi incluída dentre os princípios da licitação “[...] naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam”²⁹.

Quando do julgamento da Apelação Cível nº 558781, o Desembargador Federal Raimundo Alves de Campos Júnior concluiu que a improbidade administrativa é a soma da lesão dos princípios administrativos elencados na Constituição com a má-fé:

O ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade. A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor.

A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida, portanto, de má-fé do agente público, de traço de desonestidade, não atingindo o administrador incompetente, inábil ou desorganizado, para cujas falhas ou omissões já existem sanções específicas de natureza administrativa.³⁰

Verdadeiramente, a improbidade pode acarretar a “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, conforme dispõe o artigo 37, § 4º da C.F.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 306.

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 558781. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Otacílio Borges Filho. Relator: Luiz Alberto Gurgel. Recife, PE, 23 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2014/01/ESPARTA/00146559620104058100_20140129_5235207.pdf> Acesso em 07 ago. 2016.

O princípio da economicidade, por sua vez, possui forte ligação com o princípio da eficiência. O agente público deve conduzir o procedimento licitatório de modo que dispense o menor número de recursos.

Referido princípio está previsto no artigo 70 da C.F. e representa, em suma, a junção da qualidade do objeto perseguido pela Administração, eficiência na utilização dos recursos e menor custo.

O agente público, na condição de gestor do erário, deve escolher a solução mais adequada, com vistas a cumprir integralmente as finalidades do procedimento licitatório.

No que concerne ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, infere-se que o objetivo de tal princípio é conferir à licitação o papel de concretizar políticas públicas, dado que o poder de compra estatal contribui substancialmente para o desenvolvimento social e econômico do país.

Por seu turno, considerando que tal princípio é uma política de fomento, conclui-se que a sua instituição visa também o crescimento do país em suas três esferas: econômica, social e ambiental.

Juliano Heinen³¹ explica que “[...] o RDC deve demonstrar que a administração pública saiba dos custos econômicos, sociais e ambientais das contratações estabelecidas”. A seguir, dispõe que a utilização de material e mão e obra local ampara a sustentabilidade, “[...] porque a contratação de insumos locais visa a proteger as economias regionalizadas”.

Nesse diapasão, o agente público deve instaurar a licitação a partir de critérios bem definidos, de forma a incentivar o desenvolvimento cultural, social e econômico do país, a qualidade de vida dos administrados e a tecnologia do país, em consonância com o artigo 219 da Constituição Federal.

³¹ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 33.

O próximo princípio, o da vinculação ao instrumento convocatório, encontra-se consignado no artigo 41 da Lei nº 8.666/1993, representando a ideia de que a Administração Pública deve cumprir integralmente os mandamentos do instrumento convocatório, “ao qual se acha estritamente vinculada”.

A propósito, cumpre destacar a clássica e exata concepção de Helly Lopes Meirelles³²:

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

Outrossim, se no decorrer do certame houver modificações no instrumento convocatório, o Poder Público deve promover a reabertura do prazo original de divulgação, exceto quando a alteração não influenciar na formulação das propostas dos licitantes.

Portanto, a Administração não se pode afastar das regras estabelecidas, pois, do contrário, além de tornar a relação instável, não afiança o tratamento isonômico entre os licitantes, descumprindo uma das finalidades do processo licitatório.

Por fim, o princípio do julgamento objetivo, transmite a ideia de que a avaliação dos licitantes decorre de aspectos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, fugindo do subjetivismo, ato rechaçável na licitação.

Na visão de Decio Guerreiro³³, o artigo 18, § 2º da Lei nº 12.462/11 determina que “o julgamento das propostas será efetivado pelo emprego de parâmetros objetivos definidos no instrumento convocatório”, vale dizer, “[...] deve a comissão de licitações julgar objetivamente as propostas, sem subterfúgios ou interpretações dúbias”.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 305.

³³ GUERREIRO, Decio. *Guia Prático para participação em Licitações*. 1ª ed. Salto, SP: Schoba, 2014, p. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 35.

Outrossim, o agente público não pode fazer uso da conveniência e oportunidade na condução do certame, de modo que o princípio da vinculação busca afastar qualquer possibilidade de subjetivismo no julgamento, devendo o administrador se ater aos critérios fixados previamente no Edital.

2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

2.1 A Conversão da Medida Provisória nº 527/2011 na Lei nº 12.462/2011

A fim de conceder maior celeridade na consecução dos projetos aptos a realizar os eventos mundiais no Brasil, fora sancionada a Lei nº 12.462 de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Em razão da urgência oriunda dos compromissos firmados pelo Brasil perante a FIFA (Fédération Internationale do Football Association), foram propostas Medidas Provisórias para acelerar as obrigações necessárias à estrutura dos aeroportos, bem como às obras necessárias aos jogos da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016.

No entanto, a façanha em implantar esse Regime não se deu de pronto. O Poder Executivo buscou, por três vezes, implantar tais regulamentos.

A Medida Provisória nº 489/2010 que “Autoriza a União a integrar, na forma de consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica - APO, e dá outras providências”, perdeu sua eficácia em virtude da não apreciação no prazo constitucional.

A Medida Provisória nº 503/2010 que “Ratifica o Protocolo de intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público sob forma de autarquia em regime especial, nos termos da Medida Provisória nº 489, de 12 de maio de 2010, para planejar e coordenar a atuação dos três entes federados na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016”, resgatou disposições da M.P. nº 489/2010, sendo, ao final, rejeitada.

A Medida Provisória nº 521/2010 que “Altera a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, que dispõe sobre as atividades do médico-residente e prorroga o prazo de

pagamento da Gratificação de Representação de Gabinete e da Gratificação Temporária para os servidores ou empregados requisitados pela Advocacia-Geral da União”, teve seu prazo de vigência encerrado, perdendo, por conseguinte, a sua eficácia.

Por fim, em 2011, a Medida Provisória nº 527 que “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”, foi convertida na Lei nº 12.462/2011.

Diante disso, resultou uma lei composta por 70 artigos e, tão logo em seu primeiro dispositivo, permite o afastamento da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

O Capítulo I da Lei do RDC, destina-se exclusivamente às licitações e contratos necessários aos eventos mundiais, sendo posteriormente ampliado o rol de aproveitamento do novo Regime.

Os Capítulos II e IV referem-se ao conteúdo da M.P. nº 527/2011, que, em suma, alterou a organização da Presidência da República e dos Ministérios e adaptou as legislações da ANAC e INFRAERO.

Por fim, o Capítulo III, além de regular o RDC, promove alterações nas operações de crédito destinadas ao financiamento dos projetos para a realização dos eventos esportivos.

2.2 Aspectos gerais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

O RDC possui aplicabilidade taxativa aos procedimentos licitatórios e contratos administrativos ligados, inicialmente, aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; à Copa do Mundo Fifa 2014 e Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013; bem como às obras e serviços para os aeroportos das capitais dos estados da federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais.

Posteriormente, no ano de 2012, incluiu-se as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Em 2015, o RDC passou a abranger as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; as ações no âmbito da segurança pública; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e os contratos a que se refere o art. 47-A (locação de bens).

Por fim, em 2016, as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação passaram a ser objeto do novo Regime.

Importante asseverar que o administrador poderá ou não optar pelo RDC, logo, não há obrigatoriedade de uso pelo ente promotor do certame. Em vista da discricionariedade concedida ao agente público na escolha do RDC em detrimento dos demais procedimentos e modalidades, a alternativa deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório.

Além disso, a opção pelo Regime Diferenciado de Contratações provoca, de imediato, o afastamento das normas exaradas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, exceto nas hipóteses previstas na lei, mormente no que diz respeito aos documentos de habilitação, aos casos de dispensa e inexigibilidade, aos contratos administrativos celebrados e aos tipos sanções administrativas e criminais.

O procedimento do RDC compreende, da mesma forma, a fase interna (responsável pela preparação do certame) e fase externa (com início a partir da publicação do instrumento convocatório), sutilmente explanadas no Capítulo I deste trabalho.

O artigo 12 da Lei nº 12.462/2011 estabelece as fases do procedimento de licitação sob a égide do RDC, quais sejam: preparatória; publicação do instrumento convocatório; apresentação de propostas ou lances; julgamento; habilitação; recursal e encerramento.

O Decreto nº 7.581/2011 que regulamenta o Regime Diferenciado prevê a fase preparatória do certame nos artigos 4º a 12, cuja etapa se presta a caracterizar o objeto, definir o modo de disputa, estipular os critérios de julgamento e desempate, exigir garantia (quando for o caso), determinar as sanções, dentre outras hipóteses.

A fase externa tem princípio com a divulgação do instrumento convocatório, devendo ser publicado no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, e disponibilizado em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade, conforme assinala o artigo 15, § 1º, incisos I e II da Lei nº 12.462/2011.

Após a publicação do instrumento convocatório, designada a data e o horário, os licitantes, munidos dos envelopes contendo os documentos relativos a proposta, deverão entregá-los no local estipulado pela Administração.

Para apresentação de tais propostas ou lances, o Poder Público poderá adotar o modo de disputa aberto, o fechado ou o combinado.

O modo de disputa aberto permite a apresentação de propostas por intermédio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado (artigo 18 do Decreto nº 7.581/2011), sendo que o próprio Edital pode estabelecer a apresentação de lances intermediários durante o certame.

Além disso, caso a diferença entre as propostas classificadas em primeiro e segundo lugar for de pelo menos dez por cento, a comissão julgadora poderá reiniciar a disputa.

O modo de disputa fechado, por sua vez, tem como objetivo manter o sigilo das propostas até a hora e data designada.

Na hipótese de combinação dos modos de disputa apresentados, caso a licitação inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados os licitantes portadores das três melhores propostas, dando início a disputa aberta por meio de lances. Por outro lado, caso o processo inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que ofertarem as três melhores propostas, apresentarão seus preços posteriormente em envelopes fechados, conforme assinala o artigo 24 do Decreto nº 7.581/2011.

No que concerne aos critérios de julgamento, a Administração poderá adotar um dos seguintes tipos: menor preço ou maior desconto; técnica e preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; maior oferta de preço ou maior retorno econômico.

O julgamento pelo menor preço ou maior desconto levará em conta o menor gasto para a Administração, desde que atendidas as definições do instrumento convocatório.

A combinação da técnica e do preço como critério de avaliação poderá ser utilizada quando a prestação do serviço ou execução da obra envolver objeto de natureza intelectual ou tecnológica, ou ainda, na hipótese de execução mediante diferentes tecnologias de domínio restrito no mercado, conforme leitura do artigo 20, § 1º, incisos I e II da Lei do RDC.

Para a utilização deste tipo de julgamento, o Poder Público deve estipular no instrumento convocatório parâmetros objetivos, que considerem a avaliação e a ponderação das propostas técnicas e de preços.

O julgamento pela melhor técnica ou melhor conteúdo artístico poderá ser utilizado para a contratação de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, como também para projetos arquitetônicos, excluindo-se aqueles ligados ao campo da engenharia. Da mesma forma, o Edital deve estabelecer critérios de julgamento objetivos, devendo constar em seu conteúdo o prêmio ou remuneração do vencedor.

O critério de maior oferta de preço visa a obtenção da proposta mais benéfica à Administração, da qual derive receita. Nesse caso, poderão ser dispensados os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira.

Por fim, o julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado unicamente nos contratos de eficiência, apresenta como objetivo proporcionar maior economia à Administração, cuja remuneração do contratado é realizada com base no percentual da economia gerada.

Já na fase de habilitação, a apresentação dos documentos comprobatórios da saúde econômico-financeira, jurídica, técnica, fiscal e trabalhista, restringe-se ao vencedor do certame, salvo no caso de inversão das fases do RDC, hipótese em que só serão recebidas as propostas dos licitantes habilitados.

Diante da adoção da inversão de fases como regra, situação a ser melhor explorada no Capítulo 3 deste trabalho, a fase recursal será única e realizada tão logo após a fase de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar.

Por último, é na fase de encerramento que a comissão de licitação encaminha o processo licitatório à autoridade competente para: retornar os autos para sanear irregularidades passíveis de reparação; determinar a anulação do processo mediante a existência ato ilegal; revogar a licitação por intermédio do controle de mérito (conveniência e oportunidade); ou, adjudicar o objeto à primeira classificada e homologar a licitação.

Como visto, a Lei nº 12.462/2011 apresenta uma série de novidades procedimentais em relação às previsões contidas na Lei nº 8.666/1993. Ademais, as alterações mais substanciais como a figura da contratação integrada, orçamento

sigiloso, inversão de fases como regra e remuneração variável, serão esmiuçadas no próximo capítulo deste trabalho, destinado aos assuntos mais polêmicos do novo Regime.

2.3 A Lei nº 8666/1993 e suas vertentes de incidência ou não como uma norma geral

Com o advento da Lei nº 12.462/2011, passou-se a discutir a inconstitucionalidade do ordenamento, mormente pelos conflitos existentes entre a sua redação e os princípios elencados na Constituição Federal.

A Constituição Federal aduz que a competência para legislar sobre as licitações e contratos administrativos fica a cargo da União, podendo os demais entes legislar em respeito, desde que não conflitem com as normas editadas pela Federação, conforme disposto em seu artigo 22, inciso XXVII.

O texto constitucional em seu artigo 37, inciso XXI, estabelece como condição obrigatória para compras e alienações, a prévia licitação, com o escopo de assegurar a igualdade de condições aos licitantes.

A fim de regulamentar o dispositivo acima citado, a Lei nº 8.666/1993³⁴ estabelece os procedimentos licitatórios, bem como dispõe sobre contratos administrativos para todos os Poderes. *In verbis*:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 08 ago. 2016.

entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por seu turno, o § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011 autoriza expressamente o afastamento das disposições contidas na Lei 8.666/1993. Na visão de Renato Monteiro de Rezende³⁵, “não existe outra forma de qualificar a previsão do § 2º do art. 1º da Lei senão como uma verdadeira teratologia jurídica”.

O respectivo jurista defende que a Lei nº 12.462/2011 não poderia simplesmente afastar as normas gerais, sendo classificadas por Carlos Alberto A. de Carvalho Pinto³⁶ por meio de conceitos negativos:

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

Diante de tal categorização, Renato Rezende defende que ao editar normas específicas acerca de licitações e contratos administrativos, a observância a lei geral mostra-se imperiosa. Nesse viés, o autor conclui que não poderia a Lei nº 12.462/2011 afastar de todo a aplicação da Lei nº 8.666/1993, sendo visível a inconstitucionalidade da Lei neste aspecto.

José dos Santos Carvalho Filho³⁷ pontua que a Lei nº 8.666/1993 possui caráter de norma geral quando em confronto, por exemplo, com a Lei nº 12.232/2010 (serviços de publicidade) e com a Lei nº 12.462/2011:

É oportuno acentuar, da mesma forma, que as normas contidas na Lei nº 8.666/1993 se caracterizam como *específicas*, considerando os contratos em geral, e isso porque disciplinam uma categoria própria do gênero.

³⁵ REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011, p.12. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em 08 ago. 2016.

³⁶ PINTO, Carlos Alberto A. de Carvalho. *apud* REZENDE, Renato Monteiro de. *Ibidem*, p. 12-13.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.

Subsidiariamente, portanto, aplicam-se aos contratos administrativos as normas gerais sobre contratos, contempladas no Código Civil. Não obstante, classificam-se como *gerais*, quando consideradas em confronto com as leis citadas acima, estas regendo aspectos particulares da matéria.

Nesse diapasão, Toshio Mukai³⁸ reputa a inconstitucionalidade do dispositivo que permite o afastamento da Lei nº 8.666/1993 por considerá-la como norma geral:

Uma lei específica sobre licitações e contratos não pode afastar as normas gerais sobre licitações e contratos, sob pena de incidir em duas inconstitucionalidades: violar o art. 22, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que dá competência à União para baixar normas gerais sobre licitações e contratos observáveis pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em suas administrações direta, autárquica e fundacional; subverter o comando hierárquico do art. 24 da CF, que faz os Estados e os Municípios (e mesmo a União), nas suas legislações específicas, observarem as normas gerais, baixadas pela União (§ 1º do art. 24).

Como contraponto, Marçal Justen Filho³⁹ traz à baila a modalidade de licitação denominada “Pregão” (Lei nº 10.520/2002), sendo à época de sua promulgação, fruto dos mesmos embates jurídicos pelos quais passam a modalidade RDC, essencialmente pelo suposto caráter geral da Lei nº 8.666/1993. Neste ponto, o autor defende a constitucionalidade da Lei do Pregão explicitando que a edição da Lei de Licitações não esgotou todo o tema referente a licitações e contratos administrativos. É o entendimento:

A edição da Lei nº 8.666 não produziu a “exaustão” da competência legislativa federal para editar normas gerais sobre a matéria. Nada impede que a União edite outras leis, disciplinando o mesmo tema. A competência para produzir “normas gerais” não significa o dever de concentrar todas elas em um único diploma legislativo. [...] Por isso, é perfeitamente constitucional que outra lei federal contenha normas gerais sobre a matéria. [...] No exercício dessa competência, a União editou novas leis veiculando normas gerais sobre licitações. O exemplo maior é a Lei nº 10.520, que dispôs sobre o pregão.

Percebe-se que as normas gerais podem coexistir em paralelo dentro de um mesmo sistema, pois a redação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição assinala a competência da União para editar “normas gerais” sobre licitações e contratos

³⁸ MUKAI, Toshio *apud* Bittencourt, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 54.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 19.

administrativos. Juliano Heinen⁴⁰ entende, portanto, que a referida capacidade não se resume a um ordenamento apenas, podendo ser estendida ao diploma do RDC:

Perceba que o artigo 22, inciso XXVII, do texto constitucional, determina que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais sobre licitações. Sendo assim, o RDC é típica regra geral de licitação – sendo considerada, então, uma “lei quadro”. Logo, sua natureza reside em ser considerado lei nacional, ou seja, vale, de maneira uniforme, a todos os entes federados.

Outrossim, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) determina em seu artigo 2º que a lei vigorará até que outra a modifique ou revogue. Desta feita, complementa em seus parágrafos 1º e 2º que: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”; “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Dessa interpretação, infere-se que a Lei do RDC, detentora de caráter especial, aplicável somente aos casos previstos em seu artigo 1º, não revoga a Lei nº 8.666/1993, mas busca a harmonia entre os ordenamentos. De mais a mais, sua utilização não é desenfreada, de modo que o agente público precisa motivar a opção pelo Regime, devendo constar expressamente no instrumento convocatório.

Dos relatos colacionados ao longo deste subcapítulo, depreende-se que a doutrina diverge muito em tal aspecto. Tal tema, entretanto, será fruto de discussões até que o Supremo Tribunal Federal coloque um ponto final nas Ações de Inconstitucionalidade suscitadas em face da Lei nº 12.462/2011, sendo este o objeto de estudo do próximo subcapítulo.

2.4 Alegações de Inconstitucionalidade Formais e Materiais do RDC

⁴⁰ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 15.

Após a promulgação da Lei nº 12.462/2011, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A primeira delas – ADI 4645 –, foi movida no mês de agosto de 2011, pelos partidos PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), DEM (Democratas) e PPS (Partido Popular Socialista). Em setembro do mesmo ano, o Procurador Geral da República ajuizou nova Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do diploma, autuada sob o nº 4655.

Em ambas Ações, foram ventilados vícios formais e materiais na lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade suscitam o argumento de que a Medida Provisória nº 527/2011 foi consentida sem obediência ao artigo 62 da Constituição Federal⁴¹, pela ausência de relevância e urgência, requisitos necessários à sua edição:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Alegam ainda que a espécie normativa é de iniciativa do Presidente da República, sendo o único a deliberar sobre os programas/medidas que merecem ser relevantes e urgentes.

Ainda em relação ao aspecto formal, restou consignado que além de ferir os artigos 59 e 62 da Constituição Federal que dispõem sobre processo legislativo, a lei do RDC constitui ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, também catalogado no artigo 2º da C.F.

Outrossim, causou inquietação o fato de que o texto do RDC não constava na redação original da Medida Provisória nº 527/2011, sendo incluído por intermédio de

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988) . Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 12 ago. 2016.

emenda parlamentar, em constante violação ao que dispõe o artigo 4º, § 1º da Resolução nº 1 de 1989 do Congresso Nacional⁴²:

Art. 4º Nos cinco dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas que deverão ser entregues à Secretaria da Comissão.

§ 1º É vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

Nas Ações, os autores registraram que não há pertinência temática/lógica entre o conteúdo apresentado pela Medida Provisória e as inclusões posteriores via emenda parlamentar.

Findo os aspectos formais, as Ações consignaram vícios materiais em relação ao novo Regime. O primeiro ponto diz respeito aos artigos 1º, I e II, e 65 da Lei nº 12.462/2011. Para os autores, tais dispositivos contrariam o artigo 37, XXI da Constituição, ante a ausência de preceitos mínimos para assimilação de quais obras, serviços e aquisições devem seguir o Regime Diferenciado de Contratações.

Neste aspecto, entende-se que houve outorga de decisão ao Poder Executivo, podendo optar pelo regime jurídico aplicável ao caso específico.

De igual modo, ambas aventaram impetuosas críticas ao instituto da contratação integrada (art. 2º, p.u., V; art. 8º, § 5º; art. 9º, *caput* e §§; e art. 36, § 1º da Lei nº 12.462/2011). Vedada pela nº 8.666/1993, a contratação integrada permite que a preparação dos projetos básico/executivo e a execução da obra/serviço sejam adimplidas pela mesma pessoa jurídica.

Ao citar o referido instituto, é asseverado que a falta de individualização do objeto ocasiona julgamentos subjetivos das obras e serviços. Por conseguinte, assinalam que a definição prévia é elementar à manutenção da isonomia, sendo o ponto de partida para o julgamento objetivo.

⁴² BRASIL. Congresso Nacional. Resolução nº 1 de 1989 do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/1989/resolucao-1-2-maio-1989-541500-publicacaooriginal-45886-pl.html>>. Acesso em 12 ago. 2016.

Ademais, é consignado que a concentração dos projetos e a execução do objeto numa mesma pessoa, desvirtua os propósitos da licitação.

No seio da ADI nº 4655, o Procurador Geral da República arguiu a inconstitucionalidade dos dispositivos que preveem o procedimento de pré-qualificação permanente (art. 29, I e art. 30, I, II e §§ 1º ao 5º da Lei 12.462/2011). Tal método, busca a habilitação prévia dos participantes, em fase antecedente e diversa da licitação.

Com efeito, o Procurador aduz a existência de inúmeras irregularidades encontradas pelo Tribunal de Contas da União neste modelo, como conluíus, sobrepreços e direcionamentos de licitações.

Como último ponto de inconstitucionalidade da ADI nº 4655, o Procurador alimenta a existência de vício material em relação ao art. 4º, § 1º, II e § 2º, bem como ao art. 14. p.u., II da Lei nº 12.462/2011, quando analisados sob os parâmetros constitucionais dos artigos 215, 216 e 225, IV.

Isto porque, para as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente ou à cultura, serão aplicadas medidas compensatórias ou mitigadoras, sendo que somente o estudo de impacto ambiental pode avaliar a extensão do dano e ditar se a obra ou serviço é conveniente. Dessa forma, a fim de afastar qualquer entendimento que desonere a documentação concernente ao licenciamento ambiental, é requerida a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei do RDC.

Ainda sobre aspectos materiais, a ADI nº 4645 ajuizada pelos partidos políticos inicialmente citados, contou com o pedido de inconstitucionalidade do artigo 6º, § 3º, que trata do orçamento sigiloso. Nesse particular, aponta que o sigilo não se presume e só se justifica nos casos elencados pela Constituição Federal. Além disso, conclui que o sigilo desobriga o agente público de motivar os seus atos, ato contrário ao dever constitucional.

Por sua vez, a remuneração variável prevista no artigo 10 da Lei do RDC também é questionada. Defende-se a inconstitucionalidade do dispositivo em virtude

dos princípios da moralidade e impessoalidade, uma vez que os valores a serem quitados permanecem à margem da discricionariedade do gestor.

Por último, ainda em atenção ao princípio da publicidade, é cedido que o RDC dispensa a publicação em diário oficial para licitações de R\$ 150.000,00 para obras e R\$ 80.000,00 para serviços (art. 15, § 2º da Lei nº 12.462/2011), permanecendo, apenas, a obrigação de divulgá-las em sítio eletrônico oficial. Neste sentido, o autor declara a inexistência de motivo jurídico para tal exceção, cuja dispensa não se coaduna com os princípios da moralidade e publicidade.

Todavia, os últimos andamentos concedidos a tais Ações ocorreram no ano de 2013, não cabendo juízo acerca da procedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. É certo que os resultados práticos da implantação do Regime terão visibilidade maior a partir deste ano, findo os eventos mundiais – principais agentes de expedição do RDC – para avaliação do sucesso ou infortúnio da Lei nº 12.462/2011.

No próximo Capítulo serão tratados os assuntos mais polêmicos do RDC, sendo que alguns figuram como objetos de apontamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO RDC

3.1 A Contratação integrada

A contratação integrada é prevista no artigo 9º da Lei nº 12.462/2011 e *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*, conforme definição do § 1º do artigo supradito.

A contratação integrada também é prevista no artigo 8º da Lei do RDC que trata dos regimes de execução, ao lado da empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa e empreitada integral. Os regimes também se localizam na Lei nº 8.666/1993, com exceção da contratação integrada, tornando importante o seu enfoque.

Cumprir frisar que a empreitada integral não se confunde com a contratação integrada. Na primeira, é contratado o empreendimento em sua totalidade, sendo de responsabilidade da própria Administração a elaboração do projeto básico, ao passo que na contratação integrada tal projeto é de responsabilidade do particular.

A fim de corroborar o entendimento, vale a lição de Juliano Heinen⁴³:

[...] a *contratação integrada* é uma “espécie de empreitada integral”, com a diferença de que, na primeira, o Poder Público não se incumbe de fazer o projeto básico. Na empreitada integral, este documento compete ao ente estatal ou será objeto de licitação específica, sendo imprescindível sua confecção.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União adverte que a utilização do regime da contratação integrada deve concentrar ocorrências excepcionais e complexas, não devendo ser empregada como meio de suprir o dever de

⁴³ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 58.

planejamento da Administração. Assim, aponta três fatores determinantes à escolha do regime:

- 7.25. 1º) A contratação integrada aplica-se tipicamente a obras mais complexas;
- 7.26. 2º) a contratação integrada aplica-se tipicamente a ajustes do tipo "turnkey";
- 7.27. 3º) a contratação integrada aplica-se tipicamente quando se confere ao fornecedor ampla liberdade para conceber a solução técnica adequada, atribuindo-lhe, em contrapartida, os riscos inerentes de insucesso do empreendimento.⁴⁴

Outrossim, a Administração deve demonstrar que a opção por tal regime é a mais benéfica dentre as opções ofertadas pela Lei nº 12.462/2011. Deve, portanto, ser utilizado em obras difíceis, portadoras de alto conhecimento técnico, aptas a justificar a transferência da elaboração do projeto básico ao particular.

Entretanto, é defeso ao Poder Público noticiar o instrumento convocatório sem elementos mínimos que possibilitem ao licitante identificar a pretensa obra ou serviço. Para tanto, deverá incluir em seu Edital o anteprojeto de engenharia, cujo documento se presta a contemplar informações técnicas destinadas a caracterizar o objeto.

O anteprojeto deve conter: *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*, consoante redação do artigo 9º, § 2º da Lei nº 12.462/2011.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2242/2014 (Plenário). Pedido de reexame em Representação. Recorrente: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2242%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 15 ago. 2016.

O anteprojeto de engenharia comporta noções do objeto, servindo como direcionamento à pretensa obra ou serviço. Nas palavras de Juliano Heinen⁴⁵, o anteprojeto é “um misto de “programa de necessidade” com “memorial descritivo”.

Por assim ser, referido documento deverá conter subsídios satisfatórios para a constituição das propostas pelos licitantes, pois, somente desta forma a Administração alcançará um julgamento objetivo no certame.

Por sua vez, o artigo 9º, inciso II, da Lei do RDC estipula que *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.*

Nesse viés, o próprio TCU admite que a lei não deliberou categoricamente sobre os termos de uma metodologia diversa, cuja definição deve partir da área técnica do objeto a ser licitado:

A legislação referente ao Regime Diferenciado de Contratação (RDC), em seu art. 9º, § 2º, inc. II, rege que 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.

A lei, nesse caso, não definiu expressamente os termos de uma outra metodologia, deixando, com isso, o seu significado no âmbito do ponto de vista técnico.

[...]

No estudo de caso desenvolvido na publicação [...], o autor extrai importante conclusão: é necessário cuidado para não fazer comparações indevidas. Em outras palavras, deve-se buscar orçamentos de referências com serviços semelhantes entre si e compatíveis com a obra pretendida.⁴⁶

⁴⁵ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 64.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2540/2015 (Plenário). Relatório de Auditoria. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 14 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2540%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 15 ago. 2016.

Dessa maneira, ainda que seja complexa a definição dos custos do objeto, deve o agente público optar pela solução mais abrangente, por meio de obras ou serviços semelhantes e compatíveis ao pretense empreendimento, com o propósito de alcançar uma forma mais precisa, minorando os riscos contratuais.

Em virtude do risco acerca da definição do objeto, inclusive no decorrer da obra que poderão sofrer alterações substanciais, dando azo a prejuízos financeiros ao contratado, é possível que o valor estimado da contratação considere uma taxa de risco, desde que o anteprojeto contemple a matriz de alocação de riscos entre a Administração e o contratado, conforme dispõe o artigo 9º, § 5º da Lei do RDC.

Para Mário Saadi⁴⁷, a matriz de riscos é indispensável ao negócio jurídico entabulado e “[...] contempla a repartição objetiva de responsabilidades decorrentes de eventos supervenientes à contratação, passíveis de serem materializados”.

Incontestavelmente, as partes ficam sujeitas a ocorrências de situações imprevisíveis, no entanto, o que se quer com a matriz de riscos é a demarcação, ainda que mínima, de riscos prováveis durante o cumprimento do objeto.

Diante da responsabilidade cedida ao contratado, o legislador fez constar na Lei nº 12.462/2011, a vedação de aditivos como regra, evitando-se assim, pedidos indiscriminados de reequilíbrios contratuais. Isso previne que o licitante apresente uma proposta mais vantajosa durante o certame e no decorrer da execução do contrato aumente consideravelmente seus custos, ato contrário a isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa.

Outrossim, as deformidades vislumbradas no adimplemento do ajuste serão de responsabilidade do particular, com o escopo justamente de impedir que essas variações possam custear o erário.

⁴⁷ SAADI, Mário. A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais. In: CAMMAROSANO, Mário; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581): aspectos fundamentais. 3ª ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 99.

Evidentemente, toda exceção comporta regras e, no âmbito do RDC não poderia ser diferente. Em que pese a vedação à celebração de aditivos quando for adotada a contratação integrada, a Lei excepcionou duas hipóteses: *para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e 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. 9º, § 4º, I e II).

No que diz respeito à celebração de aditivos, Juliano Heinen⁴⁸ traz severas críticas no sentido de que o impedimento legal majora os custos das propostas computadas pelos licitantes, concluindo que a Administração não alcança a proposta mais vantajosa:

Com a vedação da celebração de aditivos – ressalvadas as exceções admitidas –, aumentar-se-á o adicional de risco nas propostas, ou seja, o risco do negócio será, naturalmente, computado na oferta do interessado, tendendo a aumentar os valores ofertados nas disputas. Sendo assim, este fator deverá ser considerado pelo Poder Público, que não necessariamente conseguirá propostas mais econômicas a partir da contratação integrada. Ao contrário, poderá amargar contratos menos vantajosos do que se fizesse duas licitações: uma para o projeto, outra para a execução da obra definida por este documento.

Restou clara a ideia de que na contratação integrada a responsabilidade pela elaboração do projeto básico e consequente execução do empreendimento são encargos do particular, momento em que assume eventuais imperfeições na sua execução.

Em que pese os posicionamentos de atribuição maciça da responsabilidade ao particular, é importante considerar o desempenho da Administração na elaboração do anteprojeto, cujo documento deve ser revestido por elementos que permitam ao licitante formar uma proposta contundente, de acordo com os anseios do Poder Público, portanto, o sucesso da contratação integrada depende sobremaneira do êxito da Administração na fase interna do processo licitatório.

⁴⁸ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 66.

3.2 O sistema de inversão de fases como regra

Outra novidade trazida pela lei do RDC foi o sistema da inversão de fases, muito semelhante ao pregão, previsto na Lei nº 10.520/2002. Em suma, há uma inversão de fases do procedimento contido na Lei nº 8.666/1993, sendo que a verificação dos documentos de habilitação é realizada após a abertura das propostas de preços, tão somente do classificado em primeiro lugar.

Em decorrência disso, o RDC comporta fase recursal única, ato posterior a habilitação do licitante vencedor, em que poderão ser suscitadas questões referentes ao julgamento das propostas e aos documentos de habilitação.

Restou registrada no capítulo 1 a definição de licitação, donde se depreende a natureza procedimental do instituto, mormente pela prévia instauração de um processo administrativo que fixe todas as condições editalícias, pela busca da proposta mais vantajosa por meio da isonomia entre os licitantes.

Como dito alhures, o artigo 12 da Lei nº 12.462/2011 estipula as fases do RDC, sendo: preparatória; publicação do instrumento convocatório; apresentação de propostas ou lances; julgamento; habilitação; recursal e encerramento.

Portanto, infere-se desde logo, que o sistema pregado pelo RDC segue um procedimento distinto da Lei nº 8.666/1993, imperando como regra a conferência da proposta de preços como fase inicial, recolhendo os documentos de habilitação do licitante que melhor negociar.

Dessa forma, dizer que o novo regime segue o sistema de inversão de fases pode tornar confusa a interpretação do leitor, eis que a inversão do RDC ocorre justamente quando a apresentação dos documentos de habilitação for prévia ao julgamento das propostas, conforme aduz o artigo 14, inciso III da Lei nº 12.462/2011: “no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados”.

A Lei nº 8.666/1993 clama pela averiguação da saúde econômico-financeira, fiscal, trabalhista, jurídica e técnica em ato precedente à constatação do menor valor, não se admitindo o contrário. Como citado, o método instituído pelo RDC é distinto, cuja “inversão” das etapas deve ser vista como regra procedimental.

De modo geral, após a avaliação da proposta e a comprovação da saúde do participante a partir dos documentos de habilitação, o licitante é declarado vencedor do certame, caso qual, a Administração após o resultado do julgamento poderá negociar condições ainda mais vantajosas, conforme conclusão extraída da leitura do artigo 26 da Lei do RDC.

Tal procedimento elide a análise da documentação de quase todos os participantes, possibilitando apenas a apreciação dos documentos daquele classificado em primeiro lugar, conferindo maior celeridade ao processo licitatório, em atenção ao princípio da eficiência.

Em que pese o princípio supramencionado ser o foco da inversão de fases, há quem clame pela inviabilidade do instituto pelo desrespeito ao erário. Eduardo Stevanato Pereira de Souza⁴⁹ assim registra:

Referida inversão desconsidera o objeto tutelado pela Lei nº 8.666/93, qual seja: o de impedir que licitantes sem a devida habilitação técnica ofereçam preços injustificáveis e desarrazoáveis nos procedimentos licitatórios, impossibilitando ao Estado a obtenção da melhor proposta para futura contratação.

Com a devida vênia e apesar dos questionamentos acerca do sistema, infere-se que a eficiência e celeridade do procedimento são os fundamentos para o estabelecimento do rito. Cumpre transcrever a consagração do TCU acerca das inovações do RDC, dentre elas a “inversão de fases”:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única,

⁴⁹ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. Comentários aos artigos 27e 28 da Lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.581/11: fase recursal única e encerramento do processo licitatório. In: CAMMAROSANO, Mário; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581): aspectos fundamentais. 3ª ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 163.

disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público.⁵⁰

No que tange ao aspecto da habilitação, muito embora a Lei nº 12.462/2011 afaste as normas contidas na Lei nº 8.666/1993, o RDC prevê expressamente que os documentos de capacitação dos licitantes serão regidos, no que couber, pelos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993.

Na habilitação, o Poder Público exige os documentos compatíveis com o objeto, mormente em relação aos que atestam a qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal, trabalhista, bem como o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição.

A fase de habilitação tem como escopo aferir se o interessado preenche as qualificações adequadas ao objeto, inclusive quanto ao sustento do posterior contrato administrativo. Essa fase comporta análise minuciosa, inclusive quanto aos prazos e demais formalidades de cada documento, cuja entrega em desacordo com o instrumento convocatório redundará na inabilitação do licitante.

Decerto, as exigências não podem ser desarrazoadas ou desproporcionais, circunscritas apenas ao conteúdo ideal de cada objeto licitado, a partir de estudos técnicos e jurídicos realizados ainda na fase interna. Por isso, o agente público quando da confecção do instrumento convocatório, não poderá inovar o rol dos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993, sob pena de tornar o ato ilegal.

Dito isso, como decorrência lógica, o RDC concentra os atos relativos ao recurso em um único período, após a habilitação do vencedor.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3011/2012 (Plenário). Relatório de Acompanhamento. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Valmir Campelo. Brasília, 08 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3011%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 16 ago. 2016.

Nesse ínterim, os licitantes que desejarem interpor recurso em face das deliberações do pedido de pré-qualificação, habilitação ou inabilitação e julgamento das propostas, deverão revelar verbalmente a intenção de interpor recurso, sob pena de preclusão. A falta de manifestação no momento oportuno, resulta na decadência do direito.

O Decreto nº 7.581/2011 que regula o Regime Diferenciado de Contratações aduz em seu artigo 53 que a manifestação do licitante deverá ser concretizada após o ato, tanto que o dispositivo assegura o pronunciamento “após o término de cada sessão”.

Por conseguinte, o prazo para apresentação das razões escritas será contabilizado a partir da lavratura da ata que analisou os documentos de habilitação. Ademais, caso a regra da inversão não prevaleça no processo licitatório, os recursos poderão ser interpostos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento da proposta, conforme certifica o artigo 58 do Decreto nº 7.581/2011.

Isto porque, o artigo 12, parágrafo único da Lei do RDC permite excepcionalmente o processamento das fases como ocorre na Lei nº 8.666/1993 – habilitação e posterior julgamento das propostas –, desde que o ato seja motivado e haja previsão expressa no Edital.

Acerca da fase recursal única, Juliano Heinen⁵¹ tece uma crítica. Para o autor, o legislador reproduziu o mesmo desacerto da Lei nº 8.666/93:

Considera-se que o RDC, em termos de fase recursal, andou mal, porque, do mesmo modo em que intenta desburocratizar o procedimento – criando fase recursal única –, de outro lado prevê variados mecanismos de combate aos atos do procedimento licitatório, cometendo o mesmo equívoco da Lei nº 8.666/93. Significa dizer que, ao mesmo tempo em que prevê momento único para julgamento dos recursos consagra uma série de medidas impugnativas que, de certo, atravancam a celeridade do procedimento.

⁵¹ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 127.

O jurista Marçal Justen Filho⁵², na ocasião da análise da constitucionalidade da inversão de fases para o Pregão, proferiu o seguinte entendimento:

O modelo adotado não infringe os princípios jurídicos pertinentes, desde que respeitadas certas precauções. Determinar que os recursos serão interpostos ao final do procedimento não equivale a suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos. Não significa negativa dos direitos à ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão somente, à concentração na etapa final do processo de todos os atos praticados anteriormente.

Efetivamente, o procedimento da fase única do RDC possui certa afinidade ao contido na Lei do Pregão. Do mesmo modo, as contestações face às deliberações da sessão serão agrupadas em um único momento, garantindo a celeridade do processo e, por conseguinte, a eficiência administrativa.

Portanto, a regra adotada no RDC deve ser compatibilizada com o intuito de sua própria criação – garantir a agilidade dos procedimentos –, de modo a garantir um processo licitatório legítimo, célere e eficaz.

3.3 Remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada

A remuneração variável representa, para alguns, fator estimulante ao cumprimento do princípio da eficiência, ao passo que depende da performance da contratada na consecução do objeto.

Nesse passo, a Administração poderá estabelecer no instrumento convocatório que o valor a ser pago à contratada dependerá exclusivamente do cumprimento de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, conforme ensina o artigo 10 da Lei do RDC.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2013, p. 212.

Desde 2004, a Lei nº 11.079 que institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública, prevê a remuneração variável vinculada a atuação do parceiro privado, segundo dispõe o § 1º do artigo 6º do referido diploma.

Decerto, por envolver questão afeta a vontade do executante – que pode ou não cumprir os desígnios estabelecidos no instrumento convocatório –, a opção pela remuneração variável deve ser seguida dos pressupostos de fato e de direito que a motivaram, em cumprimento ao artigo 2º, parágrafo único, inciso VII da Lei nº 9.784/1999.

Nesse diapasão, o artigo 70, § 1º do Decreto nº 7.581/2011 impõe a motivação específica para composição dos parâmetros de desempenho do contratado, o valor a ser dispendido e o benefício que a Administração obterá.

Em virtude de o Regime Diferenciado ser recente e, portanto, existir algumas obras ainda inacabadas, há poucos julgados referentes ao tema na Corte de Contas da União. Ainda assim, é oportuno colacionar análise que recomenda o enquadramento de uma fase de execução do objeto como remuneração variável, por estar vinculada ao desempenho da contratada:

Ademais, o art. 10 da Lei 12.462/2011 permite a existência de “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”.

Entendo que o incremento de meses da Fase 2 de manutenção, ante à antecipação da entrega dos projetos e/ou da execução da Fase 1, teria potencial para ser enquadrada como “remuneração variável”, nos termos do art. 10 acima citado, por estar vinculada ao desempenho da contratada, com metas estabelecidas e prazos definidos no instrumento convocatório, motivo pelo qual resta recomendar à Secretaria Especial de Portos que avalie tal possibilidade.⁵³

⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1541/2014 (Plenário). Relatório de Auditoria. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 11 de julho de 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1541%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 17 ago. 2016.

Importante frisar que a remuneração variável atrelada ao desempenho não inferioriza o padrão de qualidade esperado pela Administração, ou que o pagamento não será realizado caso o executante não cumpra as metas estipuladas pelo Poder Público.

Com efeito, em que pese o contratado não ser privado do recebimento dos valores caso a meta não seja alcançada, o eventual desembolso da vantagem será tolhido. Nesse ínterim, vale ressaltar que o bônus respeita o limite orçamentário fixado previamente, sendo que a fixação dos critérios atrelados à variação da pecúnia incumbe ao Poder Público.

No que tange a bonificação, Juliano Heinen⁵⁴ explica:

Logo, esse beneplácito será ofertado quando o contratado preste o objeto do negócio em padrão superior àquele mínimo definido no edital, ou seja, quando o ente estatal recebe vantagens adicionais. Bem por isso que estes padrões devem ser dimensionados no anteprojeto básico. Enfim, as vantagens devem espelhar as boas práticas do mercado, até para se evitar privilégios indevidos e violação da imparcialidade.

Logo na sequência, o autor exemplifica:

Típico exemplo seria a previsão de um prêmio aos contratantes de obra de engenharia na hipótese de ela ser concluída em prazo inferior ao previsto contratualmente. Contudo, a entrega da obra no cronograma avençado contratualmente não pode ser considerada bonificação, porque é obrigação inerente ao contrato. Trata-se de um dever contratual típico, a ser cumprido pelo contratante. Entregar a obra no prazo, salvo motivo de caso fortuito ou força maior, não pode ser entendida como uma conduta mais eficiente, como um benefício entregue pelo particular ao Poder Público. Como dito, trata-se de simples dever “normal” do contrato.

Da mesma forma, merece destaque o ponto que toca a impossibilidade de conferir caráter sancionatório ao pagamento variável, sendo que o Estado não pode sonegar a remuneração ao contratado com base em sua baixa atuação, sob pena de enriquecimento sem causa. É o que conclui Bruno Aurélio⁵⁵:

⁵⁴HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 72.

⁵⁵AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações. In: CAMMAROSANO, Mário; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581): aspectos fundamentais. 3ª ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 114.

Outro ponto digno de grande atenção consiste no fato de que a variação da remuneração em razão do desempenho não poderá se assemelhar à aplicação de sanções ao administrado. Apesar de configurar uma possível redução no montante percebido pelo particular, a utilização desse mecanismo não tem natureza de sanção por descumprimento de obrigações contratadas, apenas materializa uma consequência pecuniária da execução contratual abaixo do melhor desempenho.

Não obstante a figura da remuneração conectada ao desempenho da contratada ser objeto de suspeição em virtude da objetividade que deve ser imposta ao certame e ao contrato administrativo, o Tribunal de Contas da União na análise de casos palpáveis, afastou a dubiedade do instituto, por atenção a uma das finalidades da licitação, qual seja, a busca a melhor proposta:

Em termos objetivos, assim, o trazido pelo art. 4º, inciso IV, da Lei 12.462/2011 em nada inova na prática jurisprudencial desta Corte. Incluo, aí, a própria remuneração variável, já acatada pelo TCU em situações concretas sob a égide da Lei 8.666/93, ao exemplo do Acórdão 3.260/2011-Plenário. Desde que obedecidas as devidas cautelas, demonstrado o fim primordial da licitação – que é o da obtenção da melhor proposta –, consideraram-se legais tais práticas.⁵⁶

De igual modo, não se conjectura ofensa ao julgamento objetivo à proporção que a utilização desse tipo de remuneração depende de critérios previamente delineados no instrumento convocatório, cuja ausência resulta em críticas, ou até mesmo em sanções, por parte dos órgãos fiscalizadores.

É neste sentido que a opção pelo sistema está acoplada aos riscos das partes: seja da Administração Pública ou dos próprios licitantes. Tal motivo leva a crer que o rigor aplicável ao instituto das bonificações e sua sujeição ao limite orçamentário fixado, decorre do princípio constitucional da previsão de recursos orçamentários, delineado no artigo 167 da C.F.

A remuneração variável gratifica a eficácia do executante, uma vez que estimula o implemento de uma obra ou serviço ao padrão exigido minimamente, já considerado apropriado ao anseio administrativo.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2745/2013 (Plenário). Relatório de Auditoria. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Valmir Campelo. Brasília, 09 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2745%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 20 ago. 2016.

É indispensável ainda que o valor da remuneração variável seja proporcional a benfeitoria de retorno à Administração, devendo prezar também pelo interesse público primário, inerente a coletividade.

Portanto, é defeso ao agente público incluir dados irrelevantes ao deslinde do empreendimento, de forma que aumente os recursos a serem despendidos, formando uma conduta insensata do agente público, sujeita a penalidades.

Destarte, infere-se que a figura da remuneração variável busca o cumprimento do princípio da eficiência nos contratos processados sob a égide do RDC, ao passo que permite a utilização de verdadeiras inovações tecnológicas, harmonizando a complexidade do objeto com as pretensões do meio social.

3.4 Orçamento previamente estimado e seu caráter sigiloso

A Lei nº 12.462/2011 traz uma inovação demasiadamente polêmica, fruto de debates na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002, que diz respeito a divulgação do orçamento elaborado pela Administração.

O artigo 6º da Lei do RDC aduz que o orçamento previamente estimado será sigiloso, sendo divulgado tão somente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

A norma trazida pelo RDC difere abundantemente do que prega a Lei nº 8.666/1993, pois, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos veda “a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes” (artigo 44, § 1º da Lei nº 8.666/1993), bem como proíbe a licitação sigilosa “sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura” (§ 3º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993).

A propósito, o § 3º do artigo 6º da Lei do RDC ainda completa no sentido de que caso a informação não conste no instrumento convocatório, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Observa-se que o artigo 42 do Decreto nº 7.581/2011 contempla as regras do orçamento sigiloso. O § 1º do dispositivo limita o valor global da proposta aos parâmetros contidos nos §§ 3º, 4º ou 6º do artigo 8º da Lei 12.462/2011, sendo:

1 - § 3º do artigo 8º - O dispositivo elenca índices oficiais para composição do custo global das obras e serviços de engenharia, devendo ser consultado o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi). De mais a mais, no caso de obras e serviços rodoviários, a lei impõe a utilização da tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro).

2 - § 4º do artigo 8º - Sendo inviável a composição dos custos nos termos do § 3º do artigo 8º, a estimativa orçamentária deve ser preparada por intermédio de dados referenciais aprovado por órgãos ou entidades da administração pública federal, desde que disponibilizados em publicações técnicas especializadas.

3 - § 6º do artigo 8º - No caso de contratação efetiva pelos entes federativos, excetuando a União e desde que não envolvam recursos desta, o orçamento pode ser obtido a partir dos sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pela Corte de Contas.

O diploma legal excepciona alguns tipos de licitação, sendo obrigatória a inclusão do valor no instrumento apto a divulgá-la: na adoção do critério de julgamento pelo maior desconto, o orçamento previamente estimado deverá constar no edital ou caso o julgamento seja pelo fator melhor técnica, o valor do prêmio ou remuneração também deverá ser parte integrante do ato convocatório.

Por conseguinte, depreende-se que o documento não será divulgado no decorrer do certame, excetuando a hipótese em que o agente público faça constar o dado no edital. Não sendo este o caso, apenas terá acesso ao orçamento o sistema

de controle interno e o sistema de controle externo exercido pela Câmara, com auxílio do Tribunal de Contas no âmbito da sua atuação.

Para os patronos do instituto, a restrição imposta pela lei alcança valores mais próximos a prática mercadológica, garantindo a proposta mais vantajosa. Sidney Bittencourt⁵⁷ explica: “A justificativa é plausível: inexistindo conhecimento prévio do valor referencial do objeto contratual, os licitantes tenderão a oferecer um preço menor, mais consentâneo com o efetivamente praticado no mercado”.

Dentro desta ótica, Marcos Juruena Villela Solto⁵⁸ ressalta que a divulgação dos valores reduz a disputa entre os licitantes:

Outro tema dos mais polêmicos diz respeito à necessidade de divulgar ou não a estimativa de preços em que se calca a Administração para realizar ou não a despesa. [...] Ocorre que, se divulgados esses valores, reduz-se em muito a margem de competição, retornando aos mesmos problemas que levaram à supressão da licitação por preço-base, que era o grande número de empates. Logo, é preciso interpretar a norma também de acordo com o método histórico, além de utilização do princípio da competitividade. Destarte, para evitar tais problemas, não deve haver publicação de valores.

Outrossim, na linha de legitimidade do sigilo, os defensores alegam que a ocultação do preço, diminui a instauração de cartéis e conluíus nos certames, todavia, para outros examinadores, em que pese não constar no edital, o recurso da ocultação do orçamento não impede a permanência das fraudes nas licitações. Quer porque, determinado licitante pode obter informação privilegiada de acesso; quer porque, o preço estimado pela Administração pode ser superfaturado em relação a prática do mercado.

Nessa linha de pensamento está a opinião de Renato Rezende⁵⁹:

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame.

⁵⁷ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 139.

⁵⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela *apud* Bittencourt, Sidney. *Ibidem*, p. 139.

⁵⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011, p.40. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em 30 ago. 2016.

Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. O que pode variar é o êxito dessa estratégia. Os cartéis costumam dividir o mercado de obras públicas mediante combinação dos preços das propostas apresentadas pelos seus integrantes. Escolhe-se previamente que licitante vencerá cada certame. Todos os demais participantes do conluio oferecem propostas em valor superior, de modo a possibilitar a sua vitória. Com isso, e tendo acesso ao orçamento previamente divulgado, o integrante do cartel ao qual foi atribuído o objeto da contratação pode oferecer uma proposta de preço mais próxima do valor máximo admitido pela Administração, mas que não o ultrapasse, evitando sua desclassificação.

Corroborando este entendimento, Márcio Cammarosano⁶⁰ entende que o método não reduz a formação de conluios:

Todavia, o argumento é falacioso, pois com ou sem sigilo quanto ao orçamento prévio, conluio sempre poderá haver, mesmo porque se a Administração Pública pode elaborar orçamento prévio de acordo com os preços vigentes no mercado, estes também são, obviamente, do conhecimento das empresas do ramo.

Juliano Heinen⁶¹ critica com veemência a ocultação do orçamento. Para o autor, isso é oriundo de uma deplorável pesquisa de preços elaborada na fase interna do processo licitatório, cuja opção pelo sigilo foi uma forma de o legislador contornar a situação:

Aliás, a utilização da técnica do sigilo do orçamento é produto de uma má-qualidade dos orçamentos feitos pela Administração Pública. Veja que, se fosse percebido que as estimativas de custos e de valores refletissem um valor mercadológico razoável, certamente as propostas girariam em torno deste patamar, franqueando ao gestor público não homologar propostas inexecutáveis. Contudo, a realidade, mostrou que nem sempre se consegue um orçamento qualitativo, o que, de certa forma, serviu de impulso ao legislador para a disciplina do sigilo da estimativa de custos até o julgamento das propostas. Sendo assim, no nosso sentir, a melhor solução seria a formatação de orçamentos reais e qualitativos. Contudo, a opção do legislador procura contornar o tema.

Outrossim, para alguns críticos é temido que tal sigilo acarrete a contratação de obras e serviços por um preço injusto, bem como posicione a Administração numa espécie de submissão à vontade das empresas.

⁶⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581): aspectos fundamentais. 3ª ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 53.

⁶¹ HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações: Lei nº 12.462/2011*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 38.

Ao contrário de tais argumentos, os defensores sustentam que o sigilo traz uma maior competitividade à licitação e, por conseguinte, melhores preços. Isto porque, os concorrentes oferecem suas propostas, sem possuir conhecimento da quantidade de recursos financeiros disponibilizados pela Administração.

Ademais, não só o sigilo é responsável pela arrecadação de menores custos aos contratos administrativos, tem-se que a inversão de fases com a possibilidade de lances, impulsiona sobremaneira a concorrência entre os licitantes.

Ainda assim, o artigo 26 da Lei do RDC autoriza a Administração a negociar condições mais vantajosas com o classificado em primeiro lugar, reservando-se o direito de transacionar com os demais licitantes de acordo com a ordem classificatória, quando o preço do primeiro permanecer acima do valor estimado.

Daí, o espírito do dispositivo é justamente reduzir os preços o máximo possível, sendo viável a desclassificação das propostas que permaneçam acima do valor estimado, inclusive na hipótese do artigo 6º, nos termos do artigo 24, inciso III, da Lei nº 12.462/2011.

Por todo exposto, faz-se necessário tecer comentário acerca da preparação do orçamento. Ainda que a divulgação possa ser mitigada em alguns casos, a elaboração do documento não é facultativa, pois, busca uma contratação economicamente viável, bem como concede aos licitantes iguais oportunidades de disputa.

O orçamento sigiloso, também enfrentado na ADI nº 4645, sofre o pedido de inconstitucionalidade do dispositivo que o contempla, em razão da não presunção do sigilo, justificado apenas nos casos elencados pela Constituição Federal, bem como no que tange a ausência de motivação dos atos administrativos.

A suposta inconstitucionalidade encontra base na mitigação do princípio da publicidade, mas, por outro lado justifica sua existência com base nos princípios da economicidade e eficiência, bem como em um dos sustentáculos do regime jurídico administrativo, qual seja, a indisponibilidade do interesse público. Tais premissas, serão melhor detalhadas no capítulo a seguir.

4 ORÇAMENTO SIGILOSO

4.1 Evolução da publicidade do orçamento nas legislações

Como explicitado no subcapítulo anterior, o artigo 6º, § 3º da Lei do RDC prevê que o orçamento previamente estimado será divulgado logo após o encerramento da licitação.

Por sua vez, o artigo 9º do Decreto nº 7.581/2011 determina o momento oportuno para exposição do documento, sendo após a devida adjudicação do objeto.

Como ressaltado anteriormente, não paira dúvida quanto à necessidade de orçamento estimativo em planilhas, sendo que o dispositivo apenas restringe a divulgação em momento anterior ao encerramento, vale dizer, não desonera a Administração em elaborá-lo.

A pesquisa de orçamentos formalizada na fase preparatória ou interna do processo licitatório, busca a averiguação da existência de valores possíveis de serem disponibilizados ao objeto perseguido pela Administração.

Serve também como base para confronto das propostas dos licitantes, mantendo intacto o cumprimento do princípio da isonomia no julgamento da licitação.

Por meio da estimativa, o Poder Público identifica a média ofertada pelo mercado para a execução de determinada obra/serviço, evitando o superfaturamento do objeto e, por conseguinte, tolhendo o prejuízo ao erário.

O Tribunal de Contas da União em seu Acórdão de nº 769/2013, firmou seu juízo no sentido de que a ausência da estimativa orçamentária desrespeita o princípio da economicidade e da transparência:

Nos casos mencionados, observou-se que os processos licitatórios não contêm o orçamento detalhado, de forma a definir a estimativa da demanda e os custos dos itens. A ausência da pesquisa de preço e da estimativa da demanda pode implicar contratação de serviço com valor superior aos praticados pelo mercado, desrespeitando o princípio da economicidade, além de frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência do certame, pois dificulta a formulação das propostas pelos licitantes.

O art. 13 do RLC Sesc/Senac estabelece a necessidade da realização da estimativa do valor. A pesquisa de preço de mercado com potenciais fornecedores é necessária para estimar o valor da contratação. Os orçamentos prévios devem servir de base tanto para a escolha da modalidade licitatória correta, quanto para a tomada de decisão pela Comissão de Licitação pela adequação ou não dos valores ofertados durante o transcurso do certame.⁶²

Por isso, a pesquisa de mercado deverá ser elaborada a partir de critérios objetivos, por agentes públicos detentores de conhecimento do objeto a ser licitado, a fim de obter uma pesquisa condizente com a realidade mercadológica.

Com a alteração substancial trazida pela Lei nº 12.462/2011, faz-se necessária trazer à baila a evolução da publicidade orçamentária nas modalidades instituídas pelas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002. Esclarecer o caminho percorrido desde a promulgação da Lei Geral de Licitações, em 1993, é de extrema importância para entender o objetivo do orçamento sigiloso do RDC.

A Lei nº 8.666/1993 consignou em vários artigos a imprescindibilidade de constar o orçamento no processo licitatório em diversos momentos: orçamento detalhado do custo global da obra no Projeto Básico (artigo 6º, inciso IX, alínea 'f'); licitação das obras e serviços apenas na existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem os custos unitários (artigo 7º, § 2º, inciso II); orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários como parte integrante do edital (artigo 40, § 2º, inciso II).

Pelo visto, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos busca divulgar obstinadamente o orçamento preparado na fase interna, cujo documento deve constar

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 769/2013 (Plenário). Relatório de Auditoria. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 03 de abril de 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A769%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 06 set. 2016.

no próprio corpo do instrumento convocatório, não podendo, pois, dele prescindir.

Acerca da relevância do artigo 40, § 2º, inciso II, Jessé Torres Pereira Júnior⁶³ aclara:

A Lei nº 8.888/94 corrigiu impropriedade na redação do inciso II do § 2º. O que deve constar do edital, como seu anexo necessário, não é um “demonstrativo” do orçamento, como dizia o texto alterado, mas o próprio orçamento. O veículo das estimativas orçamentárias – planilha – deve indicar quantidades e preços de cada item, o que não se confunde com “custo”, termo utilizado na redação emendada, porque o custo envolve despesas de outra natureza, que cabe ao licitante, e não à Administração, estimar, e que terão influência sobre o preço a ser cotado em cada proposta, para mais ou para menos.

Figurando como anexo ao edital, referido documento deve ser obrigatoriamente divulgado pelo mesmo prazo do instrumento convocatório, podendo, ainda, suportar questionamentos e impugnações. É intrínseco, portanto, à formação do certame.

Por conseguinte, a Lei nº 8.666/1993 impõe a ampla divulgação do edital e seus anexos, determinando a sua divulgação e fornecimento aos interessados após assinado pela autoridade competente que o expedir, desde que cumpridas as formalidades legais, nos termos do § 1º do artigo 40.

Dentro desta ótica, da soma do artigo 4º e do § 1º do artigo 41 da Lei nº 8.666/1993, obtém-se a seguinte conclusão: a publicidade do edital, inclusive do orçamento como apenso, é o instrumento principal para acompanhamento do cidadão, porquanto contém todas as informações do certame. Essa visibilidade ao cidadão confere legitimidade para impugnar o edital mediante irregularidade na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Esse aspecto também pode ser observado no artigo 7º, § 8º da Lei nº 8.666/1993, caso em que, todo e qualquer cidadão poderá requerer os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

Tais dispositivos apenas alimentam a transparência do processo licitatório, corroborando os próprios ensinamentos da Lei nº 8.666/1993, contrária a qualquer

⁶³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 440.

tipo de sigilo no seio da licitação, exceto quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura, de acordo com o § 3º do artigo 3º do diploma.

Essa situação se reflete desde data próxima a promulgação da lei, no ano de 1.999, quando o Tribunal de Contas da União já impunha a necessidade de constar o orçamento estimado como anexo ao edital:

8.2. determinar à Caixa Econômica Federal - CEF que faça constar nos anexos dos editais de licitações o "orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários" em cumprimento ao disposto no inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94.⁶⁴

Tal constatação pode ser observada até os dias atuais, quando em julgado recente, o Tribunal de Contas da União foi favorável à juntada da estimativa orçamentária e sua ampla divulgação em um certame processado sob o rito da Lei nº 8.666/1993:

Entretanto, verifica-se que o subitem 9.5 da NOR 225 não estabelece, entre os documentos que devem ser anexados ao edital de credenciamento, dele fazendo parte integrante, em desatenção ao expressamente exigido no item 1.6.1.6 do Acórdão 2.707/2014-TCU-Plenário, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, em desatendimento ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993.

[...]

e) inclua no subitem 9.5 da NOR 225, que se refere aos documentos que constituem anexos do Edital de Credenciamento, dele fazendo parte integrante, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, em atendimento ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 1.6.1.6 do Acórdão 2.707/2014-TCU-Plenário (parágrafo 47 desta instrução).⁶⁵

Essa colocação do Tribunal de Contas da União, apenas corrobora o sentido da Lei de Licitações. Além de impor a divulgação do orçamento como anexo, a

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 479/1999 (Plenário). Representação. Entidade: Caixa Econômica Federal – C.E.F. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 28 de julho de 1999. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A479%2520ANOACORDAO%253A1999/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>>. Acesso em 06 set. 2016.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 704/2016 (Plenário). Monitoramento. Entidade: Secretaria de Comunicação Social. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A704%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 08 set. 2016.

legislação fixa a obrigatoriedade em elaborá-lo, não constituindo mera discricionariedade do agente público.

Por todo exposto, depreende-se que a inovação do orçamento sigiloso prevista na Lei do RDC não se compatibiliza com as normas previstas na Lei nº 8.666/1993, convergindo apenas no compromisso em elaborar o documento. A divulgação da planilha orçamentária perante a Lei de Licitações é de observância obrigatória em quaisquer modalidades.

Por sua vez, a Lei nº 10.520/2002 destinada a aquisição de bens e serviços comuns, definidos no § 1º do artigo 1º da referida lei como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”, é compreendida pelo Tribunal de Contas da União sob outro aspecto.

Semelhante ao RDC, essa modalidade possibilita que o certame contenha fase de lances, negociação do valor, inversão de fases do julgamento e etapa recursal única. Como se verá adiante, a questão do orçamento não é análoga ao que ocorre no RDC, no entanto, mostra-se mais flexível em relação a Lei nº 8.666/1993.

A Lei do Pregão é silente a respeito da demonstração da planilha orçamentária, trazendo apenas no bojo do seu artigo 3º, inciso III, a necessidade de constar dos autos do processo “o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados”.

Ainda nesse sentido, o Decreto nº 3.555/2000, regulamentador da modalidade Pregão, preconiza a juntada no processo do orçamento estimativo de custos, em conformidade com seu artigo 21, inciso III.

Argumento favorável lançado à indispensabilidade de constar tal documento no instrumento convocatório da modalidade pregão, surge com base no artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, cujo teor firma a aplicação subsidiária das normas contidas na Lei nº 8.666/1993.

No entanto, convém ressaltar que a crítica perfilhada ao entendimento posto concentra-se na ideia de que apor a Lei nº 10.520/2002 nos procedimentos licitatórios e buscar arrimo nas instituições da Lei nº 8.666/1993, emperra, de certa forma, a eficiência trazida pelo pregão.

Observando o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, é manifesto o controle de mérito dos agentes públicos na divulgação do orçamento no pregão, exercido mediante os pilares da conveniência e da oportunidade, avaliadas caso a caso.

Transcreve-se a seguir, o célebre Acórdão do TCU que apazigua o entendimento da discricionariedade nas licitações avaliadas pela Corte:

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.

[...]

36. [...] No caso concreto, haja vista a natureza do objeto do certame (não se trata de obra ou serviço de engenharia), não seria obrigatória a fixação de preço máximo, tampouco a divulgação do valor orçado, por se tratar de pregão. Pelas razões já expostas, ficaria a critério do órgão fixar o preço máximo, sendo igualmente discricionária a sua divulgação.⁶⁶

Importante observar que a exceção contida no julgado supratranscrito reflete na seguinte hipótese: caso o preço de referência seja utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação do orçamento no instrumento convocatório do pregão é de observância obrigatória.

Tal posicionamento foi reiterado em outro Acórdão bastante popular, trazendo informação que revolucionou a jurisprudência à época, semelhante ao que ocorre

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 392/2011 (Plenário). Representação. Entidade: Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS. Relator: José Jorge. Brasília, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A392%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 08 set. 2016.

atualmente no RDC. Além de repetir a viabilidade de o gestor deliberar pela demonstração do orçamento, o TCU avaliou a possibilidade do desentranhamento da peça orçamentária dos autos até a fase de lances da licitação:

10. A propósito, lembro que o procedimento adotado pelo FNDE segue recomendação a ele dirigida por este Tribunal por meio Acórdão 1789/2009 – Plenário, que trouxe como fundamento essencial de decidir o entendimento de que o acesso ao orçamento antes da fase de lances poderia representar violação ao princípio da isonomia, nos termos do que constou do respectivo Voto condutor, conforme transcrito na instrução da unidade técnica.

[...]

23. Por fim, registro que estando os autos no meu Gabinete a empresa representante requereu vista dos autos (peça 9). Entendo que o pleito possa deferido, determinando-se, contudo, à unidade técnica deste Tribunal que adote as medidas necessárias, inclusive o desentranhamento de peças dos autos, se o for caso, com vistas a resguardar o sigilo do orçamento elaborado pelo FNDE até a fase de lances da licitação em comento.⁶⁷ (Acórdão nº 2080/2012, Plenário, Relator José Jorge, Data da Sessão: 08/08/2012).

A bem da verdade, as empresas que realmente possuem seriedade e o desejo de competir por um contrato mais vantajoso para a Administração, conhece o mercado integralmente, não sendo objeto de admiração o valor orçado pelo Poder Público.

Sendo assim, a jurisprudência prevalecente do TCU em firmar a discricionariedade em fazer constar o orçamento no caderno convocatório do pregão, deve ser vista com bons olhos.

Ademais, torna-se relevante salientar que, optando o agente de forma fundamentada pela não divulgação do documento, a Administração deve dizer quais os modos para obtê-lo.

De todo modo, vê-se que a Lei nº 8.666/1993 preconiza a ampla divulgação do orçamento figurando como parte integrante do edital, sendo vedado o sigilo de quaisquer fases do procedimento, exceto quanto as propostas, até a sua abertura. Por outro lado, a brecha legislativa do pregão, dirige o entendimento jurisprudencial ao caminho da discricionariedade.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2080/2012 (Plenário). Representação. Entidade: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Relator: José Jorge. Brasília, 08 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2080%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 22 set. 2016.

Do mergulho e da compreensão realizadas, depreende-se que a Corte de Contas observa maior flexibilidade na Lei nº 10.520/2002, ao permitir, em alguns casos, o desentranhamento do orçamento dos autos, a fim de garantir maior competitividade.

Como tal, o RDC trouxe expressamente uma figura um pouco distinta, mas que também caminha para o sigilo com fundamento na busca pela proposta mais vantajosa.

4.2 Publicidade *versus* eficiência no RDC

A regra do orçamento sigiloso estabelecida na Lei nº 12.462/2011 é objeto de inúmeras críticas, mormente pela suposta abnegação ao princípio constitucional da publicidade.

Como definido no primeiro capítulo deste trabalho, o princípio da publicidade possui o escopo de corroborar a eficácia e a legalidade dos atos administrativos, pelo qual, a Administração deve torná-los públicos, garantindo o acesso a todos os cidadãos. Como contraponto, o RDC trouxe uma inovação acerca da vantajosidade do sigilo do orçamento como forma de garantir a eficiência da contratação, cujo sentido também engloba a busca pela proposta mais vantajosa.

Dáí, infere-se a existência de conflito entre os princípios da publicidade e da eficiência. Nesse caso, a solução cabível está contida na lição doutrinária de Robert Alexy⁶⁸:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (tradução de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

É por tal motivo que o conflito de princípios não gera a cassação de um deles, devendo em todo caso ser utilizada a técnica do sopesamento, para dizer qual enunciado possui a maior força no caso concreto.

De qualquer sorte, em havendo encontro de princípios, a análise deve ter como ponto de partida a proporcionalidade, corroborada pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Ainda assim, cabe observar precipuamente a realidade social, econômica e política do momento, congregando a sua interpretação à máxima otimização dos valores.

No caso em comento, o dispositivo que trata do sigilo parece mitigar o princípio constitucional da publicidade, com evidência maior ao princípio da indisponibilidade do interesse público, caracterizado pela aplicação hábil dos recursos, refletindo, via de consequência, no princípio constitucional da eficiência.

O constitucionalista Alexandre de Moraes⁶⁹ preconiza que “a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade”.

Acerca do interesse público, Licínia Rossi Correia Dias⁷⁰ entende que a supremacia de tal princípio testifica a existência das seguintes premissas:

[...] privilégios e prerrogativas jurídicas para aquele que tem o dever legal de buscar a satisfação do interesse público de modo a deixá-lo em um patamar de superioridade jurídica em relação àqueles que buscam a mera satisfação de interesses privados.

Márcio dos Santos Barros⁷¹ numa visão mais categórica, entende que há predominância do interesse público sobre os outros princípios administrativos:

Entendemos haver prevalência do interesse público sobre os demais. Seu

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 344.

⁷⁰ DIAS, Licínia Rossi Correia. *Direito administrativo I*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

⁷¹ BARROS, Márcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2011, p. 48.

não atendimento implicará a invalidação dos atos praticados com o objetivo colidente. A dificuldade prática de caracterizá-lo nas ações praticadas no âmbito da Administração Pública, mais que um empecilho, representa um incentivo para que os gestores públicos exerçam suas competências com transparência e para que os cidadãos exercitem, como cidadãos que são, mais do que o direito, o dever de acompanhar e fiscalizar o atendimento dos interesses públicos primários. Tudo isto acaba conduzindo a uma relativização do entendimento da expressão "interesse público".

É certo que qualquer procedimento licitatório busca o atendimento ao interesse público, já que a própria Lei nº 8.666/93 declama, por exemplo, em seu artigo 49, que a revogação de uma licitação depende da existência de razões alicerçadas no interesse público.

É fora de dúvida também que a Administração deve executar os seus atos de acordo com o interesse público, na medida em que tal princípio possui como fator de legitimidade o interesse da sociedade, sendo que não há opção ao agente público senão zelar pelo bem público e ser eficiente em suas atividades.

Por sua vez, o princípio da eficiência, é definido por Hely Lopes Meirelles⁷² como:

[...] o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades das comunidades e de seus membros.

A eficiência também acaba por refletir na economicidade, levando-se em conta a relação custo-benefício, pois, a Administração Pública é obrigada a se esquivar de estruturas que parasitem os anseios da população e, por isso, pode (e deve) utilizar mecanismos que garantam o atendimento ao interesse público.

Logo, a soma do interesse público com o princípio da eficiência, revela a obtenção de melhores resultados, visando a melhoria tanto nos processos de atuação, quanto nos resultados obtidos, conforme se depreende da lição de Gilmar Ferreira Mendes⁷³:

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 865.

[...] o constituinte reformador, ao inserir o princípio da eficiência no texto constitucional, teve como grande preocupação o desempenho da Administração Pública. Por essa razão, sem descuidar do interesse público, da atuação formal e legal do administrador, o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração, mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos.

Obviamente, o sigilo orçamentário busca a apresentação de propostas mais condizentes com a realidade do mercado, porquanto, os licitantes são obrigados a elaborar o documento de acordo com a efetividade dos seus custos, minorando a oferta de preços semelhantes àqueles orçados pela Administração.

Ademais, a Administração economizará os valores a serem dispendidos sem que haja diminuição da qualidade do serviço ou da obra, pois, as cláusulas exorbitantes mantêm-se intocáveis no seio da Lei nº 12.462/2011, podendo a Administração aplicar penalidades ou até mesmo utilizar o instituto da rescisão unilateral, caso a execução do objeto não seja realizada a contento.

Por outro lado, empresas que possuem a capacidade de ofertar preços inferiores aos praticados no mercado não procedem de tal forma, justamente pelo acesso aos custos revelados pela Administração.

Portanto, nesses casos, a conduta administrativa pode dar ensejo a conluios e fraudes, onerando os cofres públicos, refletindo na ineficiência do Poder Público.

Algo a se destacar é que não há uma vedação absoluta de vistas ao orçamento, sendo sigiloso apenas enquanto perdurar o certame, cujos valores serão divulgados após e tão logo encerrada a licitação, cumprindo o princípio da publicidade, descrito no artigo 37, *caput*, da C.F.

Vale frisar ainda que a informação é disponibilizada permanentemente aos órgãos de controle interno e externo. Sendo assim, o controlador interno e o agente de fiscalização do Tribunal de Contas, podem, a qualquer tempo, suscitar vícios na estimativa orçamentária, que poderão redundar na anulação do certame.

O documento que contém a peça é divulgado em momento oposto ao das licitações processadas sob o rito da Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, logo após a propagação do conteúdo do valor estimado, o controle da sociedade tornar-se-á efetivo, em cumprimento ao princípio da publicidade.

Portanto, observa-se que o legislador apenas prolongou a publicidade do orçamento estimado, não figurando como algo intocável, até porque, como dito alhures, o documento é disponibilizado aos agentes do controle externo e externo. Tais atitudes caminham, indubitavelmente, ao núcleo da eficiência administrativa, concebendo um novo perfil da Administração, explicado por Bruno Miragem⁷⁴ do seguinte modo:

[...] este novo perfil da Administração Pública, de modelo gerencial e vinculado à obtenção de resultados, tem sua legitimidade firmemente apoiada na eficiência da atuação administrativa, o que além de resultados sociais e economicamente mensuráveis, resta associado à processualidade da ação administrativa, a assegurar a crescente participação dos cidadãos nos processos de tomadas de decisão públicos, sob o resguardo inafastável do respeito aos direitos e garantias individuais e sociais.

Conforme exposto, o oferecimento de propostas economicamente viáveis e reais, contribuem para uma gestão eficiente, escoimada no interesse público, cujo controle da sociedade permanece em vigor, haja vista a disponibilidade aos órgãos controladores, bem como aos cidadãos após o encerramento do certame.

4.3 Entendimento do TCU como órgão auxiliar do Controle Externo

Dentro da maneira como é tratado o orçamento previamente estimado no artigo 6º, § 3º da Lei do RDC, o Tribunal de Contas da União, ligado ao Poder Legislativo, desempenha um papel de extrema importância na aplicação do dinheiro público.

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

Na definição de Hely Lopes Meirelles⁷⁵ o controle externo “visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento”.

O controle externo é crucial na proteção ao interesse público, uma vez que os agentes públicos atuam sob uma fiscalização preventiva ou repressiva, sintetizadas no apontamento de recomendações, vícios ou fraudes, orientando sobremaneira para a aplicação válida dos princípios e normas que regem o Direito Administrativo.

O papel do controle, escoimado na obtenção de resultados, busca verificar se os recursos estão sendo aplicados diretamente nas finalidades a que se destinam, uma vez que os bens administrados pelos agentes públicos são custeados pela própria sociedade.

A Constituição Federal consigna em seu artigo 70 sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, especificando em seu artigo 71 as competências da Corte de Contas da União.

Por meio da leitura do texto constitucional, infere-se que o Poder Legislativo é responsável pelo exercício do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, visando o cumprimento dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, bem como a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas.

O alcance desse controle transcende a mera inspeção, trazendo visões exteriorizadas na transparência administrativa, e mais ainda, na eficiente aplicação dos recursos. A lição de Gilmar Ferreira Mendes⁷⁶ ensina:

Nos anos recentes, nota-se significativo incremento da atuação das Cortes de Contas, em especial do Tribunal de Contas da União, no controle externo das atividades da Administração Pública. São duas as novas vertentes que têm contribuído para a ampliação do tradicional espectro do controle externo: o controle da eficiência da aplicação dos recursos públicos com fundamento em critérios técnico-especializados; e o controle preventivo das ações

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 798.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 865.

administrativas, com o acompanhamento sistemático dos programas governamentais, inclusive ao longo de sua formulação.

Tomando como base esse olhar voltado para condutas eficientes dos agentes públicos, serão colacionados a seguir, julgados do Tribunal de Contas da União que analisaram procedimentos licitatórios contemplados com o orçamento sigiloso previsto na Lei do RDC.

O objetivo é demonstrar como o TCU vem julgando os mais variados casos que envolvem o orçamento fechado e as respectivas soluções empregadas pela Corte de Contas.

O Acórdão a seguir, processado sob o nº 3011/2012, tendo como assunto a “Consolidação das fiscalizações referentes aos empreendimentos da Copa do Mundo 2014”, sofreu apontamento acerca da necessidade de justificar a opção pelo uso do orçamento público ou sigiloso.

Reproduz-se abaixo o entendimento do TCU:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha.⁷⁷

A Lei nº 9.784/1999 estipula em seu artigo 2º diversos princípios a serem observados pelo Poder Público. Em que pese alguns destes mandamentos constarem na redação do artigo 37 da C.F., o agente público não se exime de cumprir integralmente os princípios infraconstitucionais. Desta feita, o princípio da motivação,

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3011/2012 (Plenário). Relatório de Acompanhamento. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Valmir Campelo. Brasília, 08 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3011%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 15 out. 2016.

caracterizado pela indicação dos pressupostos de fato e de direito, também deve ser o centro dos atos administrativos, conforme assentado no entendimento ora proferido.

Noutro giro, a jurisprudência a seguir, revelada sob o Acórdão nº 2832/2015, retrata a narrativa da Administração que utilizou o argumento do sigilo orçamentário, para prepará-lo durante a fase externa do certame. É claro que a falha foi objeto de apontamento, sendo rechaçada pela Corte de Contas:

A possibilidade de tornar sigiloso o orçamento elaborado pela administração, dado pelo art. 6º da Lei 12.462/2011, não significa que esse possa ser preparado no interstício entre a divulgação do edital e abertura dos lances dos participantes [...].

Segundo o parágrafo único do art. 2º da Lei do RDC, o orçamento detalhado do custo global da obra é um dos elementos mínimos do projeto básico que, de acordo com o § 5º do art. 8º, deverá estar aprovado pela autoridade competente para as licitações de obras e serviços para os regimes de empreitada por preço unitário, caso do edital em questão.

Dessa forma, a Infraero deveria ter revisado todo o orçamento e submetido à aprovação da autoridade competente interna para só depois publicar o edital. Tal procedimento, além da aderência legal, possibilita uma maior qualidade no processo de orçamentação, que poderá realizar as cotações juntos aos fornecedores e revisões das composições sem risco de interrupção dos trabalhos devido a data de abertura das propostas.⁷⁸

Ao final, a irregularidade foi cientificada ao respectivo órgão, com o fim de afastar a reincidência dessa prática, porquanto, é imprescindível que o Poder Público obtenha a ciência do valor a ser dispendido com a licitação.

Por óbvio, o sigilo empregado pelo RDC não dispensa a elaboração da peça, em virtude de o orçamento figurar como elemento fundamental ao planejamento orçamentário, evitando, por conseguinte, qualquer espécie de inadimplência por parte da Administração.

O próximo caso, autuado sob o Acórdão nº 1958/2015, trata de Representação em face da Superintendência Regional do DNIT nos Estados de Goiás e Distrito Federal. Devido a coincidência entre a proposta de determinado licitante e o

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2832/2015 (Plenário). Relatório de Auditoria. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 04 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2832%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 25 out. 2016.

orçamento sigiloso que instruiu o processo licitatório, chegou-se à conclusão da quebra do sigilo da peça, ensejando a invalidação da isonomia e, mais ainda, da legalidade. É o entendimento:

A situação narrada sugeriria que o sigilo do orçamento estimativo, que deveria perdurar até o encerramento da licitação (art. 6º, caput, da Lei 12.462/2011), pode ter sido violado, ainda na fase de apresentação das propostas ou lances, e que tal informação, teria sido apropriada pelo Consórcio BR-080. Não se pode descartar, nessa cena, que a violação do sigilo tenha beneficiado outros interessados no certame.

A quebra indevida do sigilo do orçamento não pode ser avaliada apenas sob a perspectiva do acesso privilegiado à informação pelo Consórcio BR-080, mas, fundamentalmente, sob a ótica da legalidade. O certame licitatório contaminado por ilegalidade há de ser anulado. Essa a providência reclamada pelo legislador (arts. 49 da Lei 8.666/1993 e 44 da Lei 12.462/2011).⁷⁹

O princípio da isonomia exprime a manutenção da igualdade dos interessados em contratar com a Administração Pública. Pauta-se, portanto, no tratamento igualitário em termos de direitos e obrigações a todos os licitantes.

Diante da quebra do sigilo, resta configurado o abalo do princípio da isonomia mediante o favorecimento de um licitante em detrimento dos demais. Outrossim, o princípio da legalidade resta prejudicado na medida em que se afere o descumprimento integral do artigo 6, § 3º da Lei nº 12.462/2011, cujo teor impõe o caráter sigiloso ao orçamento, disponível aos órgãos de controle externo e interno, sendo publicado meramente após o encerramento da licitação.

Em paralelo, como destacado no subcapítulo anterior, o sigilo orçamentário é adstrito ao processamento do certame, sendo divulgado após e tão logo encerrada a licitação, cumprindo o princípio da publicidade, descrito no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Com supedâneo nessa premissa, o Tribunal de Contas da União, ao processar o Acórdão nº 3276/2015, repreendeu a Administração por não divulgar os valores após o encerramento da licitação. É o julgado:

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1958/2015 (Primeira Câmara). Representação. Entidade: Superintendência Regional do DNIT nos Estados de Goiás e Distrito Federal. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 14 de abril de 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1958%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>>. Acesso em 30 out. 2016.

98. O termo “orçamento estimado” de acordo com a leitura que se faz da lei nesta oportunidade, representa o valor calculado pela Administração, ou valor-base, que serve de limite para a contratação, como indica o art. 24, inciso III, da supramencionada lei:

[...]

99. Assim, considerando essa definição, cabe à Administração, imediatamente após o encerramento da licitação, publicar o orçamento estimado. Tal publicidade tem sido feita pelo DNIT, quando da publicação da homologação e adjudicação da licitação, no Diário Oficial da União, em seu sítio na internet ou no sítio <http://www.comprasgovernamentais.gov.br>.

100. Todavia, não foi identificada a publicação dos orçamentos estimados das contratações para os editais de licitação indicados na tabela a seguir: Tabela 11 – Editais cujos valores de referência da Administração não foram publicados.⁸⁰

Portanto, visando o cumprimento do artigo 6º da Lei do RDC, que impõe a publicidade do orçamento quando da finalização do procedimento licitatório, a Corte de Contas cientificou a falha à entidade como medida de prevenção à ocorrência do mesmo vício.

Por último, destaca-se o relatório de auditoria formalizado sob o Acórdão nº 2150/2015, tendo como objetivo “verificar a boa e regular aquisição de materiais farmacológicos, hospitalares e laboratoriais” no Hospital da Universidade Federal de Santa Maria (HUSM).

Em que pese a auditoria ser processada em um Pregão, os argumentos possuem sustento nos recentes entendimentos doutrinários que tratam do Regime Diferenciado de Contratações, como se vê a seguir:

10.4 Mais incisiva é a posição de Maria Sylvia di Pietro. [...] Se o orçamento estimado é divulgado previamente à apresentação das propostas, os licitantes não vão fugir muito de seu conteúdo. O orçamento estimado é útil para a própria Administração Pública, para fins de avaliação das propostas. Defendo que a publicação, antes da apresentação das propostas, deve ser proibida.

[...]

7. De fato, o princípio da publicidade deve ser ponderado pelo interesse da administração em obter a proposta mais vantajosa. Nesse caso, a divulgação da informação não só pode, como deve ser postergada para que esse interesse seja protegido. Nesse sentido, é o voto que fundamentou o Acórdão

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3276/2015 (Primeira Câmara). Acompanhamento. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 02 de junho de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3276%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>. Acesso em 03 nov. 2016.

2.080/2012 - Plenário, no qual foram considerados os benefícios para a manutenção do sigilo do orçamento estimativo até a fase de lances e a violação ao princípio da isonomia que poderia ocasionar o acesso ao orçamento antes dessa fase.⁸¹

Dos julgados ora colacionados, infere-se que o TCU atua na proteção do orçamento sigiloso, mormente na defesa da publicidade do orçamento na fase apropriada do certame, a fim de promover a melhor aplicação dos recursos, refletida na eficiência administrativa.

A postergação para tornar público o orçamento da licitação após o seu encerramento, é medida que visa a proposta mais vantajosa, encontrando arrimo nos julgados proferidos pelo Tribunal de Contas da União.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2150/2015 (Plenário). Relatório de Auditoria. Entidade: Universidade Federal de Santa Maria. Relator: Bruno Dantas. Brasília, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2150%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em 14 nov. 2016.

CONCLUSÃO

Com a intenção de desburocratizar e desembaraçar, inicialmente, a execução das obras relacionadas a Copa das Confederações (2013), a Copa do Mundo (2014) e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016), foi implantado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com 70 artigos que, em suma, cuida da melhoria na infraestrutura brasileira por ocasião dos eventos mundiais supramencionados.

Posteriormente, tal regime abarcou ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e as obras e serviços de engenharia para construção; a ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; as ações no âmbito da segurança pública; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; os contratos a que se refere o art. 47-A e as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

Infere-se que o RDC possui elementos hodiernos, que reiteram a valoração aos princípios licitatórios e rompem as normas burocráticas outrora exaradas na Lei nº 8.666/93.

No entanto, a opção por via mais célere gera discussões em detrimento do instituído pelas normas percebidas por alguns como gerais - a Lei nº 8.666/1993. Por uma vertente, há aqueles que citam a delimitação temporal e especial do RDC e, portanto, tal norma seria específica, o que não se coaduna a generalidade das disposições contidas na Lei nº 8.666/1993.

No mais, os pontos mais polêmicos introduzidos pelo novo regime, são: a contratação integrada, o sistema de inversão de fases, a remuneração variável e o orçamento sigiloso.

A inovação destacada no trabalho toma por base o orçamento sigiloso, o qual, representa uma evolução nas práticas orçamentárias evidenciadas nas legislações

relativas aos procedimentos licitatórios lavrados sob as Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002.

Como visto, o orçamento sigiloso previsto na Lei do RDC não se coaduna as normas previstas na LLCA, convergindo apenas no compromisso em elaborar o documento, sendo que a divulgação da planilha orçamentária perante a Lei de Licitações é de observância obrigatória em quaisquer modalidades.

No entanto, a Lei nº 10.520/2002 permite, desde que justificado pelo gestor, o ocultamento do orçamento dos autos, a fim de garantir o melhor preço.

Em tese, o sigilo quando aplicado com retidão obtém resultados benevolentes, entretanto, o adiamento da disponibilização do orçamento suscita dúvidas concernentes a possíveis vazamentos de informações, representando uma quebra da isonomia.

Porém, é evidente que os procedimentos licitatórios no Brasil, autuados sob qualquer modalidade ou dotado da divulgação de valores, não estão imunes as imponderações a eles inerentes.

A intenção legislativa em desburocratizar os procedimentos licitatórios deve ser vista com bons olhos, porém, a mudança dos licitantes é um passo importante a ser dado, principalmente no que tange ao acatamento de decisões administrativas.

Muitas vezes, a disputa desenfreada pelo objeto não cumpre o interesse público, seja pela interposição de processos judiciais que, em sua maioria, suspendem o curso do certame; seja pela oferta de preços extremamente baixos nas propostas, sendo que no decorrer do contrato, os licitantes solicitam reequilíbrios ou aditivos estapafúrdios, onerando o cofre público.

Portanto, mais do que uma alteração legislativa, o RDC deve representar uma nova reflexão nas licitações brasileiras, seja qual for o critério de julgamento adotado.

Ademais, deve ficar claro que a Lei nº 12.462/2011 não torna obrigatório o sigilo em todos os seus procedimentos. É importante frisar que os critérios de maior desconto e melhor técnica são excluídos do orçamento confidencial, sendo que compete ao gestor, mediante o controle de mérito, regidos pela oportunidade e conveniência, optar pela solução mais adequada ao caso concreto.

Dessa forma, o questionamento envolvendo a mitigação da publicidade em face da eficiência, leva à conclusão de que a restrição dos valores durante o certame eleva a busca pela melhor aplicação dos recursos. A uma, os licitantes formalizarão as suas propostas de acordo com os custos reais, instigando a economicidade; a duas, o sigilo não é absoluto, em virtude de o orçamento ser disponibilizado aos órgãos de controle durante o certame, bem como divulgado à coletividade logo após a adjudicação.

Ao que resta saber sobre o futuro de tal Regime, cabe aguardar a decisão acerca da declaração ou não da inconstitucionalidade do RDC, visto que a Lei nº 12.462/2011 é objeto de 2 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pendentes de julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, há uma verdadeira intenção em desburocratizar as licitações públicas através de elementos que conjuguem a economia, o procedimento célere e a eficiência. O RDC se mostrou como forma inicial de discussão sobre a necessidade de uma nova lei de licitações brasileira, porquanto, já se encontra defasado o modelo vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*: tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

BARROS, Márcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2011.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, ética e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 97.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____, Congresso Nacional. Resolução nº 1 de 1989 do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/1989/resolucao-1-2-maio-1989-541500-publicacaooriginal-45886-pl.html>>.

CAMMAROSANO, Mário; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581): aspectos fundamentais. 3ª ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 99.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Lícínia Rossi Correia. *Direito administrativo I*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Lícínia Rossi Correia. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

GUERREIRO, Decio. *Guia Prático para participação em Licitações*. 1ª ed. Salto, SP: Schoba, 2014, p. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 32.

HEINEN, Juliano. *Regime diferenciado de contratações*: Lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 33.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____, Marçal. *Pregão*: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 865.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011*. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011, p.12. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Licitações, contratos e convênios*: incluindo a modalidade de pregão. Curitiba: Juruá, 2013.