

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIZ CORRÊA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – PRINCÍPIO DA
PUBLICIDADE E O SIGILO DO ORÇAMENTO**

CURITIBA

2013

ANDRÉ LUIZ CORRÊA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – PRINCÍPIO DA
PUBLICIDADE E O SIGILO DO ORÇAMENTO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de bacharel do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Profa. Dra. Angela Cassia
Costaldello

CURITIBA

2013

*Aos meus pais,
minha eterna gratidão*

AGRADECIMENTOS

Dedico esta breve passagem do trabalho a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o sucesso desta empreitada. A monografia, não obstante ser um trabalho individual, só foi possível em razão de toda a estrutura fornecida pelas pessoas próximas a mim. Não seria justo, por isso, que não fosse feita qualquer menção a elas.

Agradeço aos meus pais, Luiz Roberto Corrêa e Zulemar de Souza Corrêa, a quem eu devo tudo que conquistei.

A minha irmã, Amanda Luize Corrêa.

Aos meus familiares, que me apoiaram.

Aos meus colegas de faculdade, com os quais convivi esses anos na Santos de Andrade

Aos meus mestres, sobretudo a Profa. Angela Cassia Costaldello, que aceitou me orientar no presente trabalho.

A Deus, pela vida que me deu.

“Morro sem entender a espécie que fez 30 milhões de leis pra se fazerem cumprir os 10 mandamentos”.

Análise Descontraída, Erasmo Carlos

RESUMO

A Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 podem ser grande oportunidade para o Brasil e para os cidadãos. Há uma expectativa de um legado para todos no que diz respeito à infraestrutura urbana, segurança e desenvolvimento econômico. Diante das quantias vultosas que serão despendidas é fundamental o olhar jurídico atento para que esse momento se concretize dentro da legalidade. Para esta concretização, o Poder Público tem se utilizado de um novo procedimento licitatório denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. É, portanto, fundamental analisar sua estrutura, sobretudo no que diz respeito ao sigilo do orçamento estimado, uma das novidades desta nova espécie de licitação.

Palavras-chave: megaeventos esportivos, licitação, regime diferenciado de contratações e sigilo do orçamento.

ABSTRACT

The 2014 World Cup and 2016 Olympic Games can be great opportunity for Brazil and for citizens. There is an expectation of a legacy for all with regard to the urban infrastructure, security and economic development. Given the bulky amounts will be spent is the fundamental legal look out for that this moment materializes within the legal framework. To achieve this, the Government has used a new bidding procedure called Differentiated Procurement Regime - RDC. It is therefore essential to analyze its structure, especially with regard to the secrecy of the estimated budget, one of the novelties of this new sort of bidding.

Keywords: mega sporting events, bidding, contracting and differentiated regime of secrecy of the budget.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC	3
1.1 OS MEGAEVENTOS ESPORTIVOS DE 2014 E 2016	3
1.2 LICITAÇÃO PÚBLICA.....	6
1.3 A EDIÇÃO DA LEI N. 12.462/2011	8
1.4 O OBJETO DE INCIDÊNCIA E A VIGÊNCIA DA NORMA	12
2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	18
2.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO	18
2.2 A PUBLICIDADE NA LICITAÇÃO PÚBLICA	21
2.3 AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	22
3 O SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	25
3.1 O ORÇAMENTO NA LICITAÇÃO PÚBLICA	25
3.2 O SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO	27
3.3 A LEGITIMIDADE E A EFICÁCIA DO SIGILO DO ORÇAMENTO	30
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

O Brasil será sede de megaeventos esportivos em 2014 e 2016: a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos. A participação do Poder Público na construção dos estádios e da infraestrutura necessária é grande e exige o acompanhamento da do operador de direito e de toda a sociedade.

A justificativa para os investimentos públicos é o legado que os cidadãos receberão. Promessas de melhoras nos aeroportos, transporte público e estrutura viária são dadas frequentemente.

Por outro lado, há o legado negativo. Estimam-se prejuízos ambientais, gastos desnecessários e deslocamento de pessoas que poderão macular os eventos esportivos. Ainda, há o medo dos estádios da Copa do Mundo se tornarem os famosos “elefantes brancos”.

Neste contexto, para a concretização das obras necessárias para realização destes megaeventos esportivos, o Poder Público tem-se utilizado de uma nova ferramenta no que diz respeito às Licitações Públicas. Trata-se do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei 12.462/2011 e regulado pelo Decreto 7.581/2011.

Alega-se que os regimes atuais, sobretudo aquele disposto na Lei 8.666/1993 são demasiados lentos, burocráticos e ineficazes para a Administração Pública, gerando prejuízos e não atendendo adequadamente à ideia de “vantajosidade”, que impera na licitação.

Para mudar este quadro, propõe-se um regime mais rápido e eficaz, para que se possa cumprir com o cronograma de obras necessárias à realização dos eventos. A tentativa do legislador é oferecer um novo padrão licitatório que promova mudanças não somente às obras, mas também todo o instituto da Licitação Pública, podendo ser aplicado a outras situações. Tal proposta é questionável diante da excepcionalidade e da temporalidade do diploma legislativo.

Dentre os recursos conferidos ao Administrador dentro do RDC tem-se um que será o cerne do presente do trabalho, qual seja o sigilo do orçamento estimado. A publicidade do orçamento, regra na Lei 8.666/1993, é afastada para o atendimento de outro interesse da Administração, a obtenção da proposta mais vantajosa. Busca-se aqui analisar os fundamentos e a eficácia desta escolha legislativa.

Diante desse quadro, primeiro se deve analisar os objetivos dos megaeventos esportivos de 2014 e 2016, para compreender o que se pretende com o novo modelo licitatório. Em seguida, o contexto da edição da Lei, os seus objetivos a partir do estudo do relatório do projeto legislativo que lhe deu origem. Em seguida, o estudo do Princípio da Publicidade, que deve imperar na Administração Pública e igualmente na Licitação Pública. Por fim, observado esses pontos, a questão do sigilo do orçamento estimado, a sua legitimidade e os seus efeitos.

1. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC

1.1. OS MEGAEVENTOS ESPORTIVOS DE 2014 E 2016

Em 30 de outubro de 2007, o Brasil foi escolhido como sede da Copa do Mundo de 2014 e da Copa das Confederações de 2013¹ pela segunda vez na história. Em 07 de setembro de 2007 o Rio de Janeiro foi escolhido sede das Olimpíadas de 2016 pela primeira vez². ~~São Tratam-se de megaeventos esportivos potencialmente geradores de grandes oportunidades e possibilidade de investimentos para o país. sendo mais que a consagração do esporte, mas igualmente beneficiando setores como infraestrutura, rede de serviços e turismo; (aqui pode surgir pergunta no sentido de que deve haver melhorias para vida dos cidadãos. Sugiro que faça uma observação neste sentido para evitar perguntas desnecessárias da banca).~~

A questão sobre os benefícios dos megaeventos esportivos, porém, é controversa. Não se sabe se eles trarão legado positivo ou negativo aos cidadãos.

Para ilustrar os benefícios destes megaeventos esportivos, temos alguns dados. O valor estimado para investimentos em infraestrutura, que engloba “mobilidade urbana, portos, aeroportos, turismo, telecomunicações e estádios” gira

¹ S. PAULO, Folha de. “Fifa oficializa Brasil como sede da Copa do Mundo -2014.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u341044.shtml>> Acesso em: 28/10/2013.

² S. PAULO, O Estado de. “COB oficializa candidatura do RIO-2016 com carta de garantia”. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/esportes,cob-oficializa-candidatura-do-rio-2016-com-carta-de-garantia,49279,0.htm>> Acesso em: 12/11/2013

em torno de 33 bilhões de reais nas cidades que receberão as partidas de futebol na Copa do Mundo de 2014, conforme estimativas do governo federal ³. Trata-se de investimento sem precedentes. Ainda, quanto ao turismo, a previsão é para o recebimento de 600 mil turistas para o ano que vem⁴.

Igualmente, nos Jogos Olímpicos ou Jogos de Verão de 2016 no Rio de Janeiro, prevê-se investimentos de 28,8 bilhões de reais em infraestrutura ⁵, além do incremento do número de turistas da ordem de 10% a 15% em relação ao ano anterior (2015), de acordo com **conforme** dados do sítio oficial do Ministério do Turismo⁶.

Corroborando essas expectativas dos megaeventos esportivos, afirma o **ilustre Professor** Marçal Justen Filho:

“O evento desperta a atenção mundial. Milhares de turistas dirigem-se ao local de realização dos jogos, os quais são transmitidos para o mundo inteiro. Durante o período de realização dos jogos, existe uma divulgação incomparável das imagens da cidade e do país sede”⁷.

Diante de tais dados, resulta a impossibilidade de utilização de recursos financeiros exclusivamente privados, eis que se trata de quantias vultosas. Segundo o citado doutrinador, referindo-se ao caso dos Jogos Olímpicos de 2016 no Rio de Janeiro:

“Ainda, é certo que o atendimento às exigências e requisitos envolve recursos técnicos e financeiros usualmente de natureza pública. Os comitês olímpicos nacionais são associações privadas e não dispõem de condições

³ COPA, Portal da. Disponível em <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/noticia/diario-oficial-traz-resolucao-do-gecopa-que-inclui-atividades-de-seguranca-na-matriz-da-copa>> Acesso em: 12/11/2013.

⁴ COPA, Portal da. “Proximidade da Copa já movimenta o turismo”. Disponível em <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/noticia/proximidade-da-copa-ja-movimenta-o-turismo>>. Acesso em: 12/11/2013.

⁵ S. PAULO, Folha deFolha de S. Paulo. “Olimpíada do Rio terá investimento de R\$ 28,8 bi; veja números da cidade”. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u632535.shtml>> Acesso em: 12/11/2013.

⁶ TURISMO. Ministério do. “Turismo será um dos grandes beneficiados com olimpíadas no rio”. Disponível em <http://www.dadosefatos.turismo.gov.br/dadosefatos/geral_interna/noticias/detalhe/20091002.html> Acesso em: 12/11/2013

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p. 29.

para custear as obras e os serviços necessários a realização da olimpíada.”

8

Conforme estudo da renomada empresa de consultoria Deloitte, há um legado não esportivo que legitima o recebimento dos próprios jogos, sobretudo investimentos em infraestrutura e desenvolvimento urbano⁹.

~~No mesmo sentido, a respeito da Copa do Mundo de 2014, Justen Filho adota posição semelhante também a respeito da Copa do Mundo de 2014: a imprescindibilidade da participação do Poder Público na organização:~~

Formatado: Realce

“Estão envolvidas questões transindividuais pertinentes ao interesse coletivo. Em muitos casos, há a necessidade de desembolso de importâncias vultosas, que somente o poder público está em condições de atender.

*Como decorrência, a candidatura de uma federação nacional para a realização dos jogos envolve a participação estatal.”*¹⁰

Para tanto, o Poder Público tem-se utilizado de financiamentos públicos com juros subsidiados, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Caixa Econômica Federal (CEF), Banco do Nordeste do Brasil (BNB) e também por meio de investimentos diretos¹¹.

Por outro lado, diversas são as críticas a respeito dos megaeventos. Trata-se do “legado negativo”. Andrea Teichmann Vizzotto explica que, na ânsia de realização das obras necessárias aos megaeventos, a infraestrutura da cidade é prejudicada:

“O que se percebe é a movimentação em direção à captura desses eventos, por meio de financiamentos públicos e também por meio de alteração da legislação de planejamento urbano, não como modo de organizar o espaço

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 29

⁹ TOUCHE TOHMATSU, Delloite. Disponível em <<http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Brazil/Local%20Assets/Documents/Estudos%20e%20pesquisas/Pesquisa%20Brasil%20bola%20da%20vez%20-%20Deloitte%20e%20IBRI.PDF>> Acesso em 12/11/2013.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 33

¹¹ BRASIL, BBC. “De onde vem o dinheiro da copa”. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130626_copa_gastos_ru.shtml> Acesso em 12/11/2013.

urbano, sob a escusa de viabilização de empreendimentos privados necessários à realização de eventos esportivos.”¹²

No mesmo sentido, o ufanismo que cerca a realização dos eventos esportivos pode esconder uma situação nociva à população. Há um impacto ambiental evidente. A destruição dos estádios para a construção das “arenas” gera resíduos, aumento do consumo de energia e água e áreas de interesse ambiental são urbanizadas¹³.

Ainda, há diversos impactos sociais. Se por um lado oferecem empregos e oportunidades para os cidadãos, por outro a condição de saúde e segurança destes são precárias¹⁴. Diversas são as denúncias de irregularidades apontadas. Recentemente, na cidade de Curitiba, sede da Copa do Mundo de 2014, as obras do estádio Arena da Baixada do Clube Atlético Paranaense foi paralisada pelo Ministério Público do Trabalho¹⁵.

Em relatório de Abril de 2013, o Tribunal de Contas da União estimou que os gastos públicos por meio de financiamentos do BNDES com estádios chegarão à R\$ 3.750.966.010 (três trilhões, setecentos e cinquenta milhões, novecentos e sessenta e seis mil e dez reais)¹⁶. Trata-se de investimento que justificaria o legado previsto para a população.

É fundamental analisar os eventos esportivos em comparação aos realizados em outros locais, como por exemplo a Copa do Mundo de 2010 na África do Sul. A comparação é imprescindível, eis que se tratam de países com similares níveis de pobreza e em subdesenvolvimento.

¹² VIZZOTO, Andrea Teichmann. **A recuperação de mais-valias urbanas e os eventos esportivos.** In: ALFONSIN, Betânia de Moraes *et. al.* **Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental: Congresso comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade.** Porto Alegre: Exclamação, 2011. p. 104.

¹³ ALFONSIN, Betânia de Moraes *et. al.* **A Copa de 2014 e a política urbana preconizada pelo Estatuto da Cidade: um estudo dos impactos sociais e ambientais em Porto Alegre.** In: ALFONSIN, Betânia de Moraes *et. al.* **Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental: Congresso comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade.** Porto Alegre: Exclamação, 2011. p. 110.

¹⁴ *Idem.* p. 111.

¹⁵ G1. “Obras da Arena da Baixada, em Curitiba, são paralisadas”. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/obras-da-arena-da-baixada-em-curitiba-sao-paralisadas.html>> Acesso em: 26/11/2013.

¹⁶ UNIÃO, Tribunal de Contas. “O TCU e a Copa do Mundo de 2014 (Abril de 2013)”. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2537743.PDF>> Acesso em: 26/11/2013.

Marcelo Weishaupt Proni, Professor do Instituto de Economia da UNICAMP, afirma que o legado da Copa do Mundo da Alemanha de 2006 e África do Sul em 2010 foram abaixo do esperado:

“Contudo, estudos efetuados posteriormente às Copas da Alemanha (2006) e da África do Sul (2010) indicam que os efeitos positivos para a economia nacional foram insignificantes, seja em relação ao crescimento do PIB ou à geração de empregos, e que mesmo o setor de turismo teve ganhos muito aquém dos projetados antes do torneio. As avaliações referentes à Copa de 2010 evidenciam certos efeitos negativos, em particular a ociosidade dos estádios (“elefantes brancos”) e os benefícios concentrados na classe média, em detrimento de gastos na área social que poderiam beneficiar a população mais pobre”¹⁷

Diante desses posicionamentos, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre o gasto público razoável e o legado que ultrapasse o esporte. É preciso deixar de lado o ufanismo que cerca o esporte, sobretudo o futebol, e atentar para os preocupantes exemplos da Alemanha e África do Sul. Trata-se de tarefa dos Administradores Públicos e também dos operadores de direito, que devem ter o olhar vigilante sobre as obras necessárias aos eventos.

1.2 LICITAÇÃO PÚBLICA

A função do Estado na organização dos megaeventos esportivos, para ter legitimidade, deve ser realizado dentro de um parâmetro jurídico, fundado sobretudo na ordem constitucional. Assim, [Aqui](#) ganha especial atenção as normas de Direito Administrativo reguladoras das contratações de obras e serviços junto ao particular.

Formatado: Realce

¹⁷ MAIOR, Carta. “A Copa do Mundo no Brasil: qual o legado provável?”. Disponível em < <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/A-Copa-do-Mundo-no-Brasil-qual-o-legado-provavel-/12/27312>> Acesso em: 26/11/2013.

Dentro do regime jurídico de Direito Administrativo, insere-se ~~aquele~~ o instituto da Licitação Pública, que tem guarida constitucional, conforme o inciso XXI do art.37 da Carta Magna Constituição Federal¹⁸.

Formatado: Realce

~~“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:~~

Formatado: Realce

~~XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”~~

Na definição ~~do nosso ilustre administrativista~~ Celso Antônio Bandeira de Mello, ~~trata-se~~ a Licitação Pública é um ~~de~~ “procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei”¹⁹. Em outras palavras, a Licitação deve seguir um padrão estabelecido anteriormente e não deve ficar sujeita à discricionariedade do Administrador, devendo cada ato seu ser devidamente fundamentado na ordem jurídica.

Formatado: Realce

Seguindo a mesma linha de definição de Licitação Pública como verdadeiro PP Procedimento AA Administrativo, temos a lição de Justen Filho:

“A licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permite aos particulares interessados apresentar-se perante a Administração Pública, competindo entre si de forma isonômica”²⁰

¹⁸ 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.”

Formatado: Recuo: À esquerda: 0 cm, Espaço Depois de: 0 pt, Espaçamento entre linhas: simples

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 533.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 494

Em ambos os conceitos depreende-se a noção de Licitação Pública como um “procedimento” ou uma “série ordenada” e que, portanto, está vinculada em lei. Pode-se dizer que as licitações, à semelhança de um processo, devem ser orientadas por princípios fundamentais como a ampla defesa, a isonomia e a publicidade.

Ainda, o citado ~~citado~~ autor dá contorno maior ao instituto, estabelecendo alguns de seus ideais fundamentais, quais sejam a “vantajosidade” e o “desenvolvimento nacional sustentável”:

“A licitação é um procedimento administrativo disciplina por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica”²¹

Importante aqui é a ideia de “vantajosidade”. Esta se traduz como a possibilidade da Administração realizar uma prestação mais vantajosa, ao mesmo tempo que o particular forneça uma prestação melhor e mais completa. Trata-se, portanto, de uma relação custo-benefício em favor do Estado²².

A competência para legislar sobre Licitação Pública no Brasil é atribuída à União Federal, que deverá editar normas gerais, conforme o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988,²³ ~~que preceitua: “Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no Art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do Art. 173, § 1º, III.”~~ Atualmente, temos como norma geral a Lei 8.666/1993, que institui normas sobre a licitação e as contratações públicas, além de outras providências. ~~Para~~ Segundo Bandeira de Mello, esta lei é a “veiculadora das normas gerais obrigatórias em todo o país”²⁴.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 494

²² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 496

²³ Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no Art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do Art. 173, § 1º, III.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 535

Formatado: Realce

Formatado: Fonte: 12 pt, Não Itálico

Formatado: Realce

Formatado: Recuo: À esquerda: 0 cm, Espaço Depois de: 0 pt, Espaçamento entre linhas: simples

A práxis jurídica demonstrou, ~~entretanto todavia,~~ problemas na aplicabilidade da citada Lei Geral de Licitações. As críticas são as mais diversas, conforme apontado por ~~conforme~~ Justen Filho²⁵. Tem-se como opinião geral que ela é excessivamente burocrática, demorada e ineficiente na contratação com o particular, sendo um obstáculo na atuação do Poder Público.

Explica o doutrinador que ~~surgiram tanto se verifica?? A frase está incompleta diante dos~~ diversos diplomas legislativos ~~que surgiram~~ posteriormente para tentar novas soluções, como a Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação chamada “pregão”²⁶. ~~Portanto, há Há, conforme o autor~~²⁷ concordância sobre a necessidade de reformar o instituto²⁸.

A tentativa recente veio com a famigerada Lei 12.462/2011, ou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

1.3 A EDIÇÃO DA LEI N. 12.462/2011

Originariamente ~~trata-se de tratava-se de uma~~ Medida Provisória n.º 527/2011, que visava à alteração da Lei 10.683/2003, que dispõe sobre a Presidência ~~da República~~ e a organização dos ~~m~~Ministérios, criando também a Secretaria da Aviação Civil e outras alterações no Poder Executivo Federal.

No período em que a ~~mencionada~~ MP tramitou na Câmara dos Deputados, foi apresentado Projeto de Lei de Conversão n.º 17/2011 para instituir também o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, ~~sobe~~ relatoria do Deputado José Guimarães do PT/CE. Posteriormente, sobreveio o Decreto 7.581/2011 ~~como norma regulamentadora do diploma legislativo.que regulou o regime, conforme competência regulamentar do Presidente da República.~~

Segundo o parecer da citada Medida Provisória, evidente é o apelo ao tempo exíguo para realização dos megaeventos esportivos e a tentativa de facilitar as contratações:

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). p. 14

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 13

²⁷ [Pg 14 comentarios a rdc](#)

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 14

Formatado: Realce

Formatado: Espaço Depois de: 0 pt

Formatado: Realce

Formatado: Realce

*“Entre esta data e a realização de eventos esportivos de repercussão mundial, que trarão ao país uma quantidade inédita de visitantes, torna-se necessária a realização de obras de grande vulto, cuja efetivação poderá se tornar inviável, sob a égide das regras hoje voltadas a disciplinar licitações e contratos administrativos realizadas e celebrados pelo poder público”*²⁹

Percebe-se grandes expectativas para a realização dos megaeventos esportivos e uma desconfiança para com os modelos licitatórios vigentes, considerados defasados.

Ainda, afirma o parlamentar que, ouvido o parecer do Tribunal de Contas da União, ~~que~~ esta modalidade de licitação *“é o melhor sistema, o melhor regime que vai garantir aquilo que nos preconiza a Constituição Federal”*³⁰.

O TCU de fato tem se manifestado favoravelmente ao instituto como declarou recentemente o Ministro Benjamin Zymler, presidente em exercício do órgão. Segundo ele, o RDC é “uma evolução em relação à 8.666 e a ponta de lança para um novo regime”. Ele ainda expõe as vantagens da escolha do novo instituto: *“É facultativo, mas deve ser usado, na minha opinião. Estamos falando de licitações mais transparentes, mais rápidas e eventualmente por preços menores”*³¹.

Em Acórdão do TCU recente, sob Relatoria do Ministro Valmir Campelo, o Regime Diferenciado de Contratações foi elogiado após a licitação ter sido homologada com um desconto de 22% em comparação ao orçamento estimado. Segundo o Ministro: *“Pode-se, diante disso, tanto festejar o sucesso do RDC eletrônico, como também – e por que não – o do sigilo do orçamento, revelado somente após a publicação da classificação”*³².

~~Salto para o sigilo do orçamento. Necessário fazer uma ligação porque nada foi falado sobre esse ponto e a menção está abrupta. Aqui importante é notar a questão controversa do sigilo do orçamento prévio, inovação do texto legislativo, que será estudado mais adiante neste trabalho. Conforme o parecer³³ (aprece de quem?)~~

Formatado: Fonte: Itálico

Formatado: Fonte: 12 pt, Itálico, Cor da fonte: Automática

Formatado: Realce

Formatado: Realce

Formatado: Realce

²⁹ GUIMARAES, José. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=92929&tp=1>>. Acesso em: 12/11/2013.

³⁰ Idem

³¹ LIMPOS, Jogos. “Presidente do TCU defende uso do Regime Diferenciado de Contratações para obras da copa”. Disponível em <<http://www.jogoslimpos.org.br/destaques/presidente-tcu-defende-uso-regime-diferenciado-de-contratacoes-para-obras-da-copa/>>. Acesso em: 12/11/2013.

³² BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 305/2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=128032&tp=1>> Acesso em: 13/11/2013

³³ parecer

~~Quem provocou a emissão do parecer? Compeltar, constitui-se como um dos fundamentos desta nova modalidade de licitação:~~

~~“começa mesmo com letra minúscula?? em termos sucintos, as seguintes promissas justificam plenamente o acolhimento do projeto de lei de conversão anexado ao presente parecer: [...] a realização de licitações sem prévia divulgação dos recursos que são direcionados para o respectivo objeto impedirá o uso dessa informação na celebração de contratos entre interessados que postulem para si a execução de obras públicas”.~~

Formatado: Recuo: À esquerda: 0 cm, Espaço Depois de: 0 pt

~~— Ou seja, na tentativa de impedir acordos entre os licitantes na apresentação das propostas, o Poder Público institui o sigilo do orçamento, visando à apresentação de propostas com mais adequação ao mercado, no intuito de obter maior vantajosidade. A validade e a efetividade desta previsão são, por evidente, questionáveis e constituirão será o fecho do trabalho. (sugeri a redação~~ Em seguida, o ~~relatório~~ ~~texto~~ expõe a busca de maior eficiência do Estado na contratação com o particular, sugerindo a imprescindibilidade de uma ~~novae~~ ~~modalidade dele~~ de Licitação, sob pena de impossibilidade de realização das obras para os megaeventos esportivos:

Formatado: Realce

“Um mínimo de bom senso leva à constatação de que as licitações cada vez mais urgentes necessárias à efetivação da Copa das Confederações, da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 só serão bem sucedidas se levadas a efeito sob normas jurídicas capazes de multiplicar a eficiência da atuação estatal”³⁴

Vale ressaltar a crítica indireta que o deputado faz aos modelos de Licitação atuais, sobretudo aquele regulado pela Lei 8.666/1993. Ele refere-se aos “*situacionistas*” como aqueles que defendem a manutenção do sistema atual, “*a despeito de sua manifesta ineficácia e dos repetidos problemas produzidos em seu emprego cotidiano*”. A insatisfação é clara:

“Os situacionistas são tidos como defensores daquilo que na verdade buscam combater, a realização de procedimentos licitatórios lentos, direcionados e causadores de prejuízo aos cofres públicos e aos interesses nacionais”³⁵

³⁴ GUIMARAES, José. Op. cit.

³⁵ *Idem*

A crítica concentra-se principalmente na lentidão do modelo vigente que causa, inclusive, lesão aos cofres públicos. Pode-se dizer que a vantajosidade, objetivo fundamental das licitações públicas, é prejudicada.

Além disso, o Deputado lembra que não são grandes as modificações promovidas pelo novo instituto. Porém lembra que estas são fundamentais e significativas:

*“São muito poucos, assim, os institutos verdadeiramente inovadores no regime diferenciado proposto no projeto de lei de conversão em anexo, embora neles resida, é preciso reconhecer, significativa parcela do aprimoramento jurídico decorrente da nova sistemática”*³⁶

No mesmo sentido, o sítio do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, programa do governo federal, traz outros motivos para a promulgação da Lei:

*“Regulamentado em outubro de 2011, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Lei nº 12.462, representa um avanço no modelo tradicional de licitações ao encurtar o tempo do processo e o custo dos projetos por adotar o critério de inversão de fases. Inicialmente utilizado para dar celeridade às obras da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos de 2016, o regime pode ser empregado hoje em todos os empreendimentos da segunda fase do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 2).”*³⁷

Tem-se aqui novamente a persecução de um modelo licitatório mais rápido e que atenda melhor a noção de vantajosidade para a Administração Pública ao diminuir os custos dos projetos.

No sítio do Governo Federal ressalta-se o aspecto da eficiência e o estímulo da competitividade como motivos da elaboração do Regime Diferenciado de Contratações Públicas:

~~Novamente o aspecto da eficiência necessária à realização das obras, temos no sítio do Governo Federal: (rever esta frase, está truncada)~~

³⁶ *Idem*

³⁷ PLANEJAMENTO, Ministério do. “Entenda como funciona o RDC”. Disponível em <<http://www.pac.gov.br/noticia/564012c0>>. Acesso em: 12/11/2013.

*“O governo federal instituiu uma nova modalidade de licitação, o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, a fim de ampliar a eficiência nas contratações públicas e competitividade, promover a troca de experiências e tecnologia e incentivar a inovação tecnológica”.*³⁸

~~Relevante é a crítica que se faz no~~ A explicação contida no ~~–sítio do PAC –~~ Programa de Aceleração do Crescimento não foge ao duro julgamento dos antigos regimes de Licitação, lentos e burocráticos; ~~que também foi posteriormente abarcado pelo novo regime de Licitação: (a frase grifada está confu~~

Formatado: Realce

*“O sistema antigo de licitações (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02) é considerado longo, lento e complexo devido ao excesso de burocracia, que ainda dificulta o controle e favorece a corrupção. As empresas que se candidatam para vender produtos ou serviços para o governo precisam ter toda a documentação analisada mesmo que ela não seja anunciada como vencedora, e isso gera ainda mais atraso. Esta modalidade também não possibilita a contratação integrada de obras e permite que a empresa apresente recursos judiciais para cada etapa do processo.”*³⁹

~~Com o intuito de ilustrar. Para que se ilustre~~ esta crítica, trazemos como exemplo uma Licitação no Departamento Nacional de Trânsito (DNT). Pelo ~~segundo~~ regime tradicional instituído pela Lei 8.666/1993 o tempo de conclusão do procedimento é ~~dedemora em torno de~~ aproximadamente 250 dias. A partir do novo regime promovido pela Lei 12462/2011 este período é diminuído para 60 a 90 dias⁴⁰.

Formatado: Realce

~~Portanto, isto tudo resultou no~~ Temos o seguinte quadro ~~portanto;~~ há uma evidente. ~~A~~ insatisfação e um descrédito em relação aos modelos de Licitação Pública vigentes; a proximidade dos megaeventos esportivos gera um tempo exíguo para a realização das obras e serviços necessários; há uma concordância no que diz respeito a criação de uma nova modalidade licitatória mais rápida, eficiente e que atenda melhor a noção de vantajosidade para a Administração Pública. Pode-se

³⁸ PLANEJAMENTO, Ministério do. “Regime Diferenciado de Contratações – RDC”. Disponível em <http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/compras-eletronicas/regime-diferenciado-de-contratacoes-2013-rdc>. Acesso em: 12/11/2013.

³⁹ PLANEJAMENTO, Ministério do. “Regime Diferenciado de Contratação - RDC é o tema do Gestão em Destaque de outubro”. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/rdc-e-o-tema-do-gestao-em-destaque-de-outubro> Acesso em: 12/11/2013.

⁴⁰ PLANEJAMENTO, Ministério do. “Entenda como funciona o RDC”. Disponível em <http://www.pac.gov.br/noticia/564012c0 >. Acesso em: 12/11/2013.

dizer que estes são os grandes impulsionadores da criação do Regime Diferenciado de Contratação. É o que sintetiza Justen Filho:

“A implementação de um novo modelo licitatório foi propiciada pela aproximação de megaeventos esportivos, cujo sucesso depende da execução de obras e serviços por parte da Administração Pública. Diante da constatação da dificuldade de observância dos cronogramas se adotadas as soluções licitatórias tradicionais, houve a consagração de um modelo diferenciado, introduzido por Medida Provisória e convertido na Lei 12.462.”

41

Ainda, conforme lição de Egon Bockmann Moreira:

*“Ao seu tempo, o Regime Diferenciado de Contratações/RDC surgiu com a promulgação da Lei 12.462/2011, tendo em vista a combinação de um par de fatos: o desgaste sofrido pela LGL e a premência da execução de obras e serviços relativos a dois grupos de eventos esportivos de envergadura mundial a serem realizados no Brasil (a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014; os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016)”*⁴²

Entretanto, a realidade aponta consequências diversas no que diz respeito ao RDC. Para o engenheiro civil Pedro Paulo Piovesan de Farias, o novo modelo não tem cumprido com o que se propôs. Segundo ele, *“apregou-se no início que o RDC aceleraria obras, mas o máximo que ele consegue é reduzir prazos de contratação. O que acelera uma obra é um bom planejamento, com bons projetos e orçamentos reais”*⁴³.

Ainda, em recente reportagem da Gazeta do Povo, aponta-se que a Prefeitura de Curitiba utilizou-se do novo modelo apenas em cinco lotes de três obras relacionadas ao PAC da Copa. Entretanto todas seguem atrasadas em relação ao cronograma. Por outro lado, defendem que proporcionou mais agilidade em alguns casos. O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes afirma que o novo

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 16.

⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 113

⁴³ POVO, Gazeta do. *“Regime criado para agilizar licitações enfrenta descrédito de municípios”*. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1416898&tit=Regime-criado-para-agilizar-licitacoes-enfrenta-descredito-de-municipios#ancora> Acesso em: 26/11/2013

modelo trouxe maior competitividade e que foi diminuído de 10 meses para menos de 3 meses o prazo para realização do processo⁴⁴.

Por fim, o artigo traz importante comparativo sobre os benefícios e malefícios do RDC. As vantagens seriam a desburocratização e a ausência da formação de cartéis diante do sigilo do orçamento estimado. Já as críticas se referem à possibilidade de corrupção de servidores públicos diante deste sigilo e a impossibilidade de empresas menores competirem por não terem musculatura para assumir os percalços de uma obra⁴⁵.

Trata-se, portanto, de instituto recente ainda nebuloso quanto às suas consequências. Os exemplos de benefícios e malefícios ilustram esta contradição. Somente quando findados os megaeventos esportivos poderá se ter conclusões mais concretas a respeito.

1.4 O OBJETO DE INCIDÊNCIA E A VIGÊNCIA DA NORMA

Assente este recorte dos motivos da Lei, partiremos para a análise do seu texto legal.

No art. 1º, temos uma delimitação do objeto de incidência do Regime Diferenciado de Concorrência:

“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 -

⁴⁴ *Idem*

⁴⁵ POVO, Gazeta do. “Regime criado para agilizar licitações enfrenta descrédito de municípios”. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1416898&tit=Regime-criado-para-agilizar-licitacoes-enfrenta-descredito-de-municipios#ancora> Acesso em: 26/11/2013

CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

Observa Aponta-se aqui uma tendência, observada por Justen Filho que há uma tendência “de modo a generalizar a aplicabilidade da sistemática da Lei 12.462”

Formatado: Fonte: 12 pt, Realce

⁴⁶. Explica-se: Inicialmente prevista para tratar apenas das obras necessárias aos megaeventos esportivos, houve acréscimo de dois incisos para que seja aplicado igualmente para as “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)” bem como para as “obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”.

Formatado: Fonte: 12 pt, Realce

César Augusto Guimarães Pereira adota posição semelhante no que diz respeito à aplicabilidade da lei:

*“Seja por uma interpretação ampliativa (especialmente em face da ausência de fundamento legítimo para se distinguir as licitações da olimpíada ou da copa das demais), seja por evolução legislativa, é previsível que as normas estabelecidas pela Lei 12.462 venham a ser amplamente aplicadas”.*⁴⁷

O referido artigo configura-se igualmente como pressuposto de aplicação do Regime Diferenciado de Contratação. Assim, é imprescindível a presença de uma das situações para sua aplicação. É o que sintetizam Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso:

Formatado: Português (Brasil)

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 17.

⁴⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O Regime Diferenciado de Contratação estabelecido pela Lei 12.462/2011: as principais inovações. **Apud:** BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto n.º 7.581. 2. Ed. rev. amp. e at. Belo Horizonte: Fórum. p. 35

“Quanto ao contratante, poderão aplicar o RDC nas licitações e contratos os órgãos ou entidades públicas da Administração Direta ou Indireta dos poderes executivos de quaisquer dos entes federativos, desde que se comprove pertinência do certame e da avença com o disposto no art. 1 da lei.”⁴⁸

Formatado: Fonte: 12 pt

Formatado: Fonte: Itálico

Formatado: Fonte:

Formatado: Fonte: 12 pt, Inglês (EUA)

Entretanto, as hipóteses do artigo não esgotam todas as possibilidades de aplicação desta modalidade licitatória. Trata-se na verdade ~~Segundo~~ de uma ~~trata-~~ *“demarcação genérica”*⁴⁹. Assim, o RDC pode abranger não somente as obras dos estádios, mas também intervenções de mobilidade urbana, investimentos em saúde, educação profissionalizante e segurança pública.

Por fim, vale lembrar que deve ficar a cargo dos ~~P~~ **poderes** ~~E~~ **executivos** dos entes da federação envolvidos a definição dos projetos que constarão da referida carteira e que, por conseguinte, poderão se valer do regime⁵⁰.

Importante observar a expressão ~~Relevante é a expressão~~ *“necessários à realização”* do caput do art. 1º. Justen Filho explica que a determinação do cabimento da adoção do RDC depende da instrumentalidade do contrato para a realização de um certo fim. Assim, deve-se interpretar a expressão *“necessários”* em uma acepção ampla, não significando indispensável, mas útil e pertinente⁵¹.

Formatado: Realce

Formatado: Fonte: Itálico

No inciso I ~~faz-se~~ ~~referência~~ à *“Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO)”*. A ~~“APO”~~ consiste num consórcio público formado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o município do Rio de Janeiro, nos termos previstos na Lei 12.396/2011. Trata-se de ~~trata-se de~~ ~~ppessoa~~ jurídica de direito público, cuja constituição foi precedida de autorização legislativa dos três entes federativos envolvidos⁵². Sua função seria:

Formatado: Cor da fonte: Automática

Formatado: Cor da fonte: Automática

“[...] coordenar a participação da União, do Estado do rio de janeiro e do município do rio de janeiro na preparação e ~~realiza~~ realização dos jogos olímpicos e paraolímpicos de 2016, especialmente para assegurar o

⁴⁸ BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. Op. cit. p. 34

⁴⁹ BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. Op. cit. p. 32

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 28

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 28

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.30

*cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o coi para esses fins.*⁵³

Em seguida, ~~on~~ inciso II ~~traz menção faz-se referência excluir porque está muito repetida a palavra~~ à “matriz de responsabilidades celebradas entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Este seria o objeto que:

~~Trata-se, conforme lição de JUSTEN FILHO~~⁵⁴ ~~de objeto que~~

*[...] contempla a realização de obras e serviços assaz amplos, como obras de estádios, infraestrutura urbana, transporte público e mobilidade urbana, segurança pública, defesa civil, qualificação profissional etc.*⁵⁵

Em seguida, no inciso III condiciona a utilização da nova modalidade licitatória a um padrão de distância máximo. A “quilometragem máxima”, limite à utilização do RDC, dúvidas quanto a sua aferição. Isto porque ~~para o~~ não se estabelecem critérios para realizar tal medida. Indaga-se porque aeroportos que ultrapassem tal distância não se enquadrariam, tendo em vista que receberão igualmente grande número de turistas, a exemplo do aeroporto de Campinas.⁵⁶

~~Os dois últimos incisos refletem uma tendência do Regime Diferenciado de Contratação de ser ampliado e constituem em novo padrão (expor melhor o que é este “padrão) de Licitação Pública~~⁵⁷. A ~~ampliação da~~ aplicabilidade para as ações enquadradas no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e ~~ogua~~ obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS reafirma a tendência de ~~generalização da modo a generalizar a aplicabilidade da sistemática da~~ Lei 12462/2011 para o autor⁵⁸.

Observado o fato da Lei se voltar à realização de obras e serviços destinados aos megaeventos esportivos, surge a questão de sua vigência ~~quando~~ finalizados tais eventos.

Justen Filho afirma que esgotadas as circunstâncias para a sua aplicação, ~~da~~ Lei ela continuará a vigor, expondo uma tendência de eliminar a disciplina licitatória

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 30

⁵⁴ ~~Comentários ao RDC~~

⁵⁵ BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. Op. cit. p. 33

⁵⁶ BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. Op. cit. p. 34

⁵⁷ ~~Comentários ao RDC~~

⁵⁸ BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. Op. cit. p. 35

Formatado: Cor da fonte: Automática, Realce

Formatado: Realce

Formatado: Realce

Formatado: Realce

Formatado: Fonte: Não Itálico

anterior. Portanto, o novo regime tenderá a substituir a disciplina anterior. É o que sintetiza o autor:

“Isso significa que o novo regime licitatório foi previsto para ser aplicado especificamente num certo contexto. No entanto, o exaurimento dessas circunstâncias não eliminará a aplicabilidade do novo regime, o qual tenderá a substituir a disciplina anterior”⁵⁹

Por outro lado, divergem Ricardo Barretto de Andrade e Vitor Lanza Veloso:

~~Segundo eles, passados os eventos esportivos, não mais haveria persistir a fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado:~~

Formatado: Realce

“Por fim, é importante frisar que a Lei n.º 12.462 instituiu o RDC como um regime efêmero, aplicável apenas às hipóteses dos incisos I a III do art. 1º. Assim, passados os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado [...]”⁶⁰

O Regime Diferenciado de Contratação deve ser visto entendido como um novo marco no instituto da Licitação e uma oportunidade para a modernização da disciplina correspondente das Licitações no Brasil⁶¹.

Apesar disso, parece mais correto que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas estabeleceu-se como um regime de exceção, com o objetivo de concretização das obras para os megaeventos esportivos. Ainda, pelo texto legal do diploma tem-se a expressão *“aplicável exclusivamente”*, conforme o citado art. 1º, que não deixa dúvidas sobre a temporalidade do instituto. Não haveria fundamento legal para expandir sua aplicabilidade a outras questões. Neste sentido, parece mais acertada a posição de Ricardo Barretto e Vitor Lanza.

No mesmo sentido, segundo Egon Bockmann Moreira o RDC trata-se de regime excepcional. Ainda que seja um regime novo e especial, deve ser aplicado a um conjunto limitado de licitações e contratações públicas⁶².

Segundo o autor:

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 15

⁶⁰ *Ibidem* BARRETO DE ANDRADE, Ricardo; LANZA VELOSO, Vitor. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto. Op. cit. p. 34

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 17

⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 42

“Excepcional que é, o RDC deve ser interpretado restritivamente. Somente é aplicável àquelas obras e serviços indispensáveis, essenciais aos eventos esportivos mundiais. São as licitações e contratos sem os quais tais eventos não podem ser realizados a contento; são, portanto, forçosos, inevitáveis.”⁶³

Ainda, deve haver uma motivação adequada para a escolha do novo modelo licitatório:

“Porém, o RDC tem padrão significativamente distinto das licitações ordinárias, pois ele exige a decisão pública que explique e justifique a escolha pelo regime diferenciado, que ‘deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório’”

É preciso também observar como se dará a convivência do novo sistema com o tradicional estabelecido pela Lei 8.666/93.

A edição de normas gerais sobre as licitações públicas é, segundo o conforme o art. 22 da Constituição Federal, atribuída à União. Em que pese a Lei 9 Geral de Licitações ser uma norma geral, não se trata da da única possibilidade para, conforme Justen Filho⁶⁴. Esta competência legítima, portanto, não só a edição da Lei 8.666/93, mas igualmente os diplomas legais subsequentes, como a Lei 10.520/2002, que regula o instituto do “pregão”. Assim, o doutrinador conclui que Como claramente explicitado pelo doutrinador⁶⁵, a previsão constitucional sobre a competência legislativa da u União não significa a necessidade de concentração de todas as normas em um único diploma legal. Pode haver uma pluralidade de leis, todas elas refletindo a mesma competência legislativa. Portanto, a Lei 12.462/11 se estabelece como norma geral para todas as esferas federativas.⁶⁶

Ressalva-se, entretanto, para o doutrinador, a preservação da competência local⁶⁷. Ou seja, aqueles dispositivos da Lei 12.462/11 que não se caracterizem como norma geral, a exemplo do art. 8º, p. 6º⁶⁸, serão inaplicáveis.

⁶³ *Ibidem*. p. 55.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 18

⁶⁵

⁶⁶ *Idem*

⁶⁷ *Idem*

⁶⁸ Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

§ 6º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que

Formatado: Realce

Formatado: Realce

Formatado: Realce

Formatado: Realce

Prossegue:

“Os dois sistemas conviverão na prática, pois a Lei 12.462 não revogou os diplomas anteriores que dispunham sobre licitações e contratações públicas, sendo imperativo que a migração para uma nova disciplina legislativa faça-se de modo controlado”⁶⁹

Por fim, a aplicabilidade do RDC não é obrigatória. Permite-se ao administrador utilizar-se da Lei 8.666/1993. Presentes as circunstâncias indicadas no art. 1 caberá à autoridade a competência discricionária para optar entre o novo regime e o antigo⁷⁰.

2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

2.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

O **P** princípio da **p**Publicidade é consagrado no nosso ordenamento jurídico no caput do artigo 37 na Constituição Federal.⁷¹, que determina:

Formatado: Fonte: Itálico

Percebe-se a importância do princípio diante do abrigo constitucional que recebe. Trata-se de garantia de todos os cidadãos em face da Administração Pública e de dever dos Administradores na atuação com o particular.

Formatado: Recuo: À esquerda: 0 cm, Espaço Depois de: 0 pt

A relevância do ~~princípio da publicidade~~princípio da publicidade é comprovada pelo amplo tratamento dado ao tema pela doutrina. Trata-se de discussão frutífera dentro do Direito Administrativo e em todo o Direito.

Segundo Wallace Paiva Martins Junior:

se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 15

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.15

⁷¹ “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.”

~~em brilhante texto denominado “Princípio da Publicidade Princípio da publicidade”, (este comentário deve ir par anota de rodapé) relaciona o ao próprio Estado Democrático de Direito (esta afirmação é óbvia e deve ser retirada). Segundo o autor, “A afirmação da publicidade como um dos princípios da Administração Pública promovida na cabeça do art. 37 da Constituição de 1988 é predicado democrático do Estado de Direito”⁷².~~

Formatado: Fonte: 10 pt, Realce

Formatado: Fonte: 10 pt, Realce

Formatado: Fonte: 10 pt, Realce

Ou seja, pode-se dizer que o ~~Princípio da Publicidade~~princípio da publicidade é atributo indissociável do Estado em que vivemos. Não há, portanto, como se pensar no moderno Estado sem a preponderância da publicidade na atividade do administrador.

Segue o doutrinador, citando lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

“O ~~princípio da publicidade~~princípio da publicidade articula, como expõe a literatura, uma atuação ‘transparente, sem ocultações de atos e muito menos sigilo em relação aos mesmos. Não se admite mais, nos dias de hoje, que a Administração Pública se utilize de normas e outros procedimentos que tenham o silêncio como a sua característica de atuação.”⁷³

Aqui, destaca-se a relação íntima da publicidade com uma “*atuação transparente*”. ~~Portanto, é preciso. Faz-se necessário~~ diferenciar “transparência” de “publicidade” para melhor compreensão do instituto. No mesmo texto, Martins Junior define a publicidade como sendo um “*subprincípio*” da transparência. Este, como conceito geral, abarcaria também outros valores como a motivação e participação popular⁷⁴.

~~Ainda, vale destacar que o autor considera como inadmissível a ocultação de atos e o sigilo.~~⁷⁵ ~~Fazer um comentário sobre a posição do autor, é importante aqui.~~ O autor conclui que a publicidade serve igualmente para verificação dos outros princípios da Administração Pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, bem como para legitimar a atividade do administrador:

⁷² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Publicidade. In: MARRARA, Thiago (org). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233.
⁷³ GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. **Apud.** MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op.cit. p. 233.
⁷⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p. 234.

⁷⁵ ~~Texto coletanea~~

*“Sua funcionalidade é elementar no Estado Democrático de Direito ao instrumentalizar a vigilância do cumprimento de outros princípios jurídico-administrativos inerentes à administração pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica etc.) e conferir maiores graus de legitimidade à gestão dos negócios públicos e de respeito aos direitos dos administrados, como o devido processo legal e a possibilidade de conhecimento da ação administrativa”.*⁷⁶

Ainda, importante lição traz Odete Medauar:

*“O tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado à reinvidicação geral de democracia administrativa. A partir da década de 50, acentuando-se nos anos 70, surge o empenho em alterar a tradição do secreto predominante na atividade administrativa. A prevalência do “secreto” na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado”*⁷⁷

Outro desdobramento deste princípio é o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, que impõe o direito de receber informações por parte da Administração Pública de interesse individual ou coletivo⁷⁸. A Lei 12.527/2011 regulou esse direito e impôs como diretrizes a publicidade como regra e o sigilo como exceção, a divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitações, a utilização de meios de comunicações viabilizados pela tecnologia de informação, fomento da cultura da transparência e o desenvolvimento do controle social da Administração⁷⁹.

A publicidade exerce dois papéis fundamentais. O primeiro é o de assegurar aos cidadãos o poder de obter informações. Segundo, este princípio consagra uma garantia de conhecimento por terceiros, o que desincentiva a prática de atos reprováveis. [Ademais, a](#)

⁷⁶ *Idem*

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 144.

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 144.

⁷⁹ *Idem*

~~Ainda, segundo o autor~~⁸⁰, a publicidade envolve a divulgação de informações de um modo impessoal e generalizado, para conhecimento público.⁸¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltando a relação do princípio da publicidade com o Estado Democrático de Direito:

“Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.⁸²

E prossegue:

~~Ainda, afirma BANDEIRA DE MELLO~~⁸³ **que:**

*“Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, ‘b’, este último para o caso específico de certidão (a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme a Lei 9.051, de 18.5.95) para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”*⁸⁴.

É preciso também diferenciar princípios de regras para melhor assimilação do instituto. ~~o autor,~~ A publicidade é mais que o simples direito à informação e não se limita à *publicidade oficial*. Isto porque *“os princípios são mandados de otimização, devendo os seus efeitos serem precisados em cada caso concreto”*. Assim, a *publicidade oficial* *“constitui condição de eficácia para que os atos emitidos pelo poder público em geral produzam efeitos”*. A publicidade oficial, portanto, configura-se como regra e a publicidade como princípio⁸⁵.

Thiago Marrara traz uma definição relevante. Trata-se da *“publicidade-transparência”*. Esta seria a expressão da publicidade com a finalidade de que os

⁸⁰

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 353

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 114

⁸³ ~~Curso de Direito Administrativo~~pg 114

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ MOTTA, Fabrício. O princípio constitucional da publicidade administrativa. In: MARRARA, Thiago. Op. cit. p. 272. O princípio constitucional da Publicidade Administrativa. Pg. 272.

Formatado: Fonte: Não Itálico

Formatado: Realce

Formatado: Realce

cidadãos “exercam seus direitos e liberdades e/ou controlem a prática de atos ilegais e abusivos praticados pelo Estado”⁸⁶.

Por fim, o autor conclui que, atualmente a “comunicação ou publicidade torna-se condição básica de previsibilidade e segurança jurídica” ~~e é~~.

~~Ainda, traz MARRARA⁸⁷ ensinamento sobre a publicidade como~~ verdadeiro meio de “transparência e democratização decisória”, ~~servindo. E isto serviria~~ como fonte de legitimidade da atuação estatal na execução de suas políticas públicas.⁸⁸

Formatado: Fonte: Não Itálico

2.1 A PUBLICIDADE NA LICITAÇÃO PÚBLICA

Justen Filho, inserindo o princípio da publicidade no procedimento administrativo, afirma que:

“O princípio da publicidade impõe que todos os atos do procedimento sejam previamente levados ao conhecimento público, que a prática de tais atos se faça na presença de qualquer interessado e que o conteúdo do procedimento possa ser conhecido por qualquer um.”⁸⁹

Relevante aspecto da definição ~~do ilustre doutrinador~~ é a de que os atos do procedimento sejam públicos, sendo o sigilo a exceção. Isto porque a Licitação Pública, conforme exposto no capítulo anterior, revela-se como procedimento, devendo os atos da fase interna e externa serem publicizados, permitindo o acesso aos interessados ~~e à~~ sociedade.

~~Scs~~ No mesmo sentido, Egon Bockmann Moreira, ensina que não deve haver atos reservados à Administração no âmbito da Licitação Pública. Assim, há um dever de promover *ex officio* a publicidade dos atos e fatos relacionados ao certame licitatório. Exerce a publicidade um papel de assegurar a isonomia entre os

Formatado: Realce

⁸⁶ MOTTA, Fabrício. Op. cit. In: MARRARA, Thiago. Op. cit. p. 288.

~~⁸⁷ Idem. Pg. 281.~~

⁸⁸ MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago. Op. cit. p. 280.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 281.

participantes do procedimento ao fornecer todas as informações necessárias à formulação das propostas⁹⁰.

2.3 AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Conforme Martins Junior a publicidade revela um aspecto positivo e outro negativo⁹¹. Aquele é a “*divulgação oficial dos atos da Administração Pública*” e este se refere à “*interdição de atos ou procedimentos secretos ou sigilosos salvo as exceções normativas ditadas pela proteção do interesse público ou de qualificados interesses particulares*”. No sentido negativo, portanto, se extraem importantes critérios para as exceções ao ~~princípio da publicidade~~princípio da publicidade, quais sejam a presença de interesse público e o interesse particular qualificado.

Explica o autor que:

*“[...] como a regra é a publicidade e o sigilo a exceção, a restrição à publicidade deve decorrer de expressas previsões normativas, ligadas à tutela de específico interesse público ou privado, cuja ostensividade possa comprometer, e, bem por isso, merece interpretação restritiva”.*⁹²

Esta definição ~~do autor~~ assemelha-se à ~~doutrina~~ de Justen Filho, que afirma ~~que~~ ~~Segundo ele (quem? Marçal ou Wallace?)~~, o afastamento da publicidade só será permitido quando esta “*colocar em risco a satisfação de outros interesses atribuídos ao estado*”, isto porque existem contratações que envolvem questões sigilosas. Entretanto, afirma ressalva que este sigilo não pode ser arbitrário, mas sim justificado, podendo ser afastado nos estritos limites da necessidade e nos termos da Lei 12.527/2011⁹³.

Para Fabricio Motta, o princípio da publicidade deve ser verificado no caso concreto. ~~Assim não deve ser aferida anteriormente (a quê? Melhorar a redação), mas sim verificada no caso concreto, o que a diferencia da regra da publicidade~~

⁹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 75

⁹¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p.237.

⁹² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p.237.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal Justen. Op. cit. p. 501

Formatado: Realce

Formatado: Realce

~~oficial. Assim~~, conforme o autor admite-se a ponderação quando em conflitos com outros interesses ou princípios⁹⁴.

Conforme Marrara, a publicidade "*jámais poderia ser um fim em si mesmo*" ~~e~~ ~~e~~ Explica MARRARA que sua concretização não se dá simplesmente "*por força de uma mandamento constitucional, mas sim em razão de sua capacidade de concretizar outros princípios*"⁹⁵.

~~Como adiante se verificará, há portanto que se analisar (rever esta frase grifada em amarelo) o~~ ~~princípio da publicidade~~ princípio da publicidade deve ser visto como *instrumental*⁹⁶, devendo verificar-se sua utilidade ou não no caso concreto. Quando da aplicação do princípio deve o administrador, segundo o autor, fazer duas perguntas: "*qual a forma adequada de publicidade que deve ser empregada*" e "*em que medida essas formas devem ser limitadas em virtude de direitos fundamentais ou outros princípios de direito administrativo aplicáveis à situação fática*"⁹⁷.

Outra importante lição traz Shirlei Silmara de Freitas Mello ~~em artigo sobre o princípio. Segundo a autora, ao definir define-se o~~ ~~princípio da publicidade~~ princípio da publicidade como "*a norma jurídica que cria para o agente público o dever de divulgar seus atos funcionais, excetuadas as hipóteses de sigilo previstas na ordem jurídica*"⁹⁸.

A doutrinadora segue discorrendo sobre as hipóteses de exceções ao ~~princípio da publicidade~~ princípio da publicidade. Segundo ela:

*"[...] a publicidade é de sua essência, sendo, portanto, impensável a aceitação de movimentos ocultos dos sujeitos processuais, respeitadas, entretanto, as hipóteses de sigilo, previstas no ordenamento e devidamente justificadas[...]".*⁹⁹

⁹⁴ MOTTA, Fabricio. Op. cit. p. 272.

⁹⁵ MARRARA, Thiago. Op. cit. p.281

⁹⁶ ~~Idem. Pg 281~~

⁹⁷ MARRARA, Thiago. Op. cit. p.281

⁹⁸ FREITAS MELLO, Shirlei Silmara de. Motivação, publicidade e controle: algumas reflexões. In: MARRARA, Thiago. Op. cit. p. 319.

⁹⁹ FREITAS MELLO, Shirlei Silmara de. Op. cit. In: MARRARA, Thiago. Op. cit. p. 319.

3. O SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1 O ORÇAMENTO ESTIMADO

A discussão central do presente trabalho surge da convergência do ~~Princípio da Publicidade~~princípio da publicidade, tratado no capítulo anterior, com a questão do sigilo do orçamento no Regime Diferenciado de Contratação, uma das principais inovações do novo modelo de Licitação Pública.

Segundo o texto do RDC, temos no art. 6º o seguinte:

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

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

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

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

Temos aqui a questão do “orçamento estimado” e sua publicação somente após o fim da licitação. A doutrina diverge quanto ao afastamento ou não do ~~princípio da publicidade~~princípio da publicidade no presente caso, bem como sobre seus reais benefícios em favor da Administração Pública.

Primeiramente, é necessário definir o que é “orçamento” dentro das Licitações Públicas.

Marçal Justen Filho ⁴⁹⁹, ~~em sua recente obra sobre o Regime Diferenciado de Contratação~~, estabelece uma definição:

*“O orçamento consiste numa projeção sobre os custos diretos e indiretos do objeto da futura contratação. Essa projeção tomará em vista os itens e as quantidades estimadas como necessários para a execução da prestação no modo, tempo e locais previstos”*¹⁰¹

Vale ressaltar dentro desse conceito que o orçamento é na verdade uma estimativa ou “*projeção*” dos custos do empreendimento. Ademais, é fundamental que o orçamento contenha a “*decomposição do preço*” e “*a previsão minuciosa e detalhada dos fatores componentes da prestação e da remuneração a ser desembolsada pela Administração*”¹⁰².

Para a instauração da fase externa da licitação, é imprescindível a existência de pelo menos uma previsão dos recursos orçamentários¹⁰³. Trata-se, segundo a previsão do art. 2º, parágrafo único, inciso VI da Lei do RDC¹⁰⁴, de um dos componentes do “projeto básico”. Entretanto, o autor faz a ressalva de que esta exigência é regra geral, sendo dispensável nos casos de contratação integrada, outorga de prêmio e ausência de desembolso em favor do particular¹⁰⁵.

O orçamento prévio ganha no Regime Diferenciado de Contratação contorno especial em relação aos institutos tradicionais. Enquanto nos regimes diversos o orçamento quando em conflito com as propostas gera uma “*presunção relativa*” no que diz respeito a sua “*defeituosidade*”, no novo regime ele apresenta uma “*função normativa muito relevante*”, eis que possibilita a invalidação das propostas que ultrapassem o seu valor¹⁰⁶.

⁴⁹⁹ ~~Marçal Justen Filho. Comentários ao RDC. Pg. 105~~

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.105

¹⁰² *Idem*

¹⁰³ *Ibidem*. p.106

¹⁰⁴ Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

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

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

¹⁰⁵ *Ibidem* p.107

¹⁰⁶ *Ibidem* p.108

Assim, conclui que o orçamento estimado está sujeito, portanto, a uma disciplina mais rigorosa e deve refletir *“de modo mais preciso os custos reais do mercado e as circunstâncias específicas da contratação”*¹⁰⁷.

A elaboração do orçamento é uma atividade problemática para o Administrador. É o que o autor denomina de *“assimetria de informações”*¹⁰⁸. Há uma dificuldade no que diz respeito à obtenção das informações no mercado, isso porque o ente público não detém o conhecimento de um particular. A possibilidade de estabelecer um orçamento equivocado é grande, portanto.

Diante disso, o autor estabelece uma sequência para obtenção das informações e a elaboração do orçamento estimado¹⁰⁹. Primeiro, deve-se identificar os itens e quantitativo, ou seja, a *“decomposição da prestação”*. Em seguida, deve-se realizar a pesquisa de preços, conforme os custos de mercado para os itens, observados os quantitativos previstos. Por fim, temos a fase da *“determinação dos preços unitários”*, em que a Administração escolhe *“os dados mais compatíveis com as características do objeto a ser executado”*.

Conclui Justen Filho que o orçamento deve, portanto, ser fundamentado e não se sujeitar a escolhas arbitrárias ou preços sem respaldo nos dados concretos. Ou seja, nas palavras do autor, as *“decisões devem ser motivadas satisfatoriamente”*¹¹⁰.

Estabelecida a nova dimensão dada ao orçamento estimado, no que diz respeito a sua maior precisão técnica e a nova disciplina, parte-se para o estudo da questão do sigilo.

3.1 O SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO

Antes de analisar propriamente a questão do sigilo do orçamento estimado no Regime Diferenciado de Contratação é importante observar a lição de André Guskow Cardoso. Segundo o autor, o procedimento licitatório compõe-se de dois momentos distintos: primeiro tem-se a elaboração do orçamento. Esta se trata de um

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.109

¹⁰⁸ *Ibidem*. p.110

¹⁰⁹ *Idem*

¹¹⁰ *Ibidem* p.111

dos momentos da fase interna da licitação, portanto configura-se como medida inafastável por parte do Administrador para que se tenha a definição da necessidade administrativa bem como do objeto licitado. O segundo momento é a divulgação deste orçamento estimado. Conforme a modalidade licitatória, essa divulgação pode ser dar ou não junto com o edital¹¹¹.

Assim, o autor ressalta que a Lei do RDC não alterou a obrigação de elaboração do orçamento, mas sim o regime de sua divulgação. Tanto é assim é que o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, exige que o projeto básico contenha o orçamento detalhado da obra¹¹². No mesmo sentido, aponta o autor que no art. 4º, II, b, do Decreto 7.581/2012¹¹³, que regulamentou a Lei, exige que previamente à divulgação do ato convocatório deve existir um orçamento.

O sigilo do orçamento, conforme Justen Filho se restringe ao valor do orçamento, já que o resto continua sujeito à publicidade ampla. Deve, portanto, aquele estar em um procedimento administrativo apartado, indicando-se no processo principal o incidente relativo¹¹⁴.

Entretanto, o autor ressalva que, a despeito da previsão do sigilo do orçamento, este deve existir, a partir de preços que *“reflitam os custos reais atinentes à execução do objeto contratual”* e ~~Assim, JUSTEN FILHO~~ afirma que: *“a ausência da revelação imediata do valor do orçamento não autoriza atuação disparatada da Administração, nem significa a ausência de dever de cumprimento das exigências pertinentes”*¹¹⁵.

Formatado: Recuo: À esquerda: 0 cm, Espaço Depois de: 0 pt

¹¹¹ GUSKOW CARDOSO, André. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimaraes (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto n.º 7.581. 2. ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.81

¹¹² “Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições: Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos: VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.”

¹¹³ Art. 4º Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como
II - definição
b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 112

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 111

O sigilo do orçamento se faz não só em relação aos licitantes mas também aos agentes administrativos, devendo-se determinar a identidade daqueles com acesso aos autos do procedimento sigiloso¹¹⁶.

Há que se fazer a ressalva quanto aos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas. A vedação é expressa, nos termos do par. 3º do art. 6º¹¹⁷ do RDC. Segundo Justen Filho essa particularidade restringe-se àqueles agentes administrativos “*titulares da competência para exercitar em concreto o controle sobre a referida licitação*”¹¹⁸.

Diante disso, percebe-se a importância do sigilo do orçamento. A vedação até dos agentes administrativos e a exclusividade dos Tribunais de Contas para afastá-lo exige cuidado redobrado:

*“A exigência de sigilo prevista na Lei do RDC deve ser tratada com absoluto rigor. Qualquer violação ao sigilo exige imediata instauração de processo administrativo para identificar práticas reprováveis”*¹¹⁹

Guskow Cardoso expõe as diferenças em relação ao regime da Lei 8.666/1993¹²⁰. Nesta “*são definidas obrigações específicas de publicidade e ampla divulgação do orçamento estimado elaborado pela Administração.*” Importante observar que no art. 40, § 2º, II¹²¹ define que o orçamento estimado constitui-se

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 112

¹¹⁷ Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

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

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 113

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 114

¹²⁰ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Op. cit. p. 82.

¹²¹ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários

como anexo do edital, vedando critérios secretos ou sigilosos, conforme o art. 44¹²².

Conclui o autor que:

*“Portanto, no regime da Lei n.º 8.666, é obrigatória a ampla divulgação do orçamento estimado para determinada contratação, qualquer que seja a modalidade de licitação ou a forma de contratação a ser realizada”.*¹²³

Ainda, quanto ao regime do “pregão”, instituído pela Lei 10.520, à semelhança do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, “o *Tribunal de Contas da União vem entendendo que o orçamento estimado deve constar do processo licitatório, mas não necessariamente ser divulgado juntamente com o edital.*”¹²⁴. O autor, porém faz uma ressalva:

*“Trata-se, contudo, de posição questionada pela doutrina, diante da impossibilidade de se afastar a incidência no pregão das normas gerais constantes da Lei 8.666/1993 – inclusive daquelas atinentes à divulgação do orçamento estimado”.*¹²⁵

3.3 A LEGITIMIDADE E A EFICÁCIA DO SIGILO DO ORÇAMENTO

Na acepção de Justen Filho a solução adotada pelo novo Regime Diferenciado de Contratações é “*questionável*” e de “*comprovação empírica problemática*”¹²⁶.

Para o autor, o fundamento do sigilo do orçamento seria que a exposição do valor do orçamento serviria de “*desincentivo para a competição*”¹²⁷. Assim, o novo modelo de licitação faria com que os interessados fizessem propostas mais

¹²² Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada 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.

¹²³ *Ibidem*. p. 82

¹²⁴ *Ibidem*. p. 83

¹²⁵ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. p. 86

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 114

¹²⁷ *Idem*

compatíveis com o mercado e não balizadas conforme o valor do orçamento estimado, fazendo com que o licitante reduza sua oferta ao menor valor possível¹²⁸. Entretanto, ele questiona esta tese, pois se trata de prática incompatível com a competitividade do mercado. Segundo ele, “o licitante que agregar à sua proposta valores desnecessários incrementa o risco de sua derrota”¹²⁹. Desta forma, a existência de um parâmetro realizado pela Administração não influencia nas propostas, eis que os licitantes “buscarão obter a vitória por meio do oferecimento da maior vantagem possível ao poder público”¹³⁰.

Esta tese só teria sentido se houvesse um “acordo antijurídico entre os licitantes”¹³¹. Assim, as ofertas seriam artificialmente “limitadas e existiria uma predeterminação quanto ao licitante vencedor”. Entretanto, explica que se houvesse este acordo o valor do orçamento seria irrelevante pois os licitantes já terão elegido o vencedor, estabelecendo o preço.

Ele conclui que a determinação do sigilo do orçamento e a desclassificação da proposta de valor superior configura-se como uma solução fatalista, reconhecendo como inevitável um acordo entre os licitantes¹³².

Ademais, afirma que não há qualquer levantamento científico envolvendo a avaliação deste novo recurso no caso concreto que comprove sua efetividade. Assim, só seria uma tese defensável, que realmente promovesse uma redução na competição, a partir de levantamentos apropriados, analisando situações equivalentes, por uma margem de abrangência confiável¹³³.

Justen Filho ressalta os possíveis efeitos danosos possíveis deste sigilo: “o sigilo do orçamento, somado à previsão de desclassificação das propostas de valor sobejante, gera uma situação propícia à corrupção”¹³⁴. Assim, haveria um risco de criação de uma “situação de poder relativamente a informações essenciais”¹³⁵. Os participantes competiriam pela melhor proposta e pela obtenção de informações sigilosas.

¹²⁸ *Idem*

¹²⁹ *Idem*

¹³⁰ *Idem*

¹³¹ *Ibidem*, p. 115

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 115

¹³³ *Idem*

¹³⁴ *Ibidem*, p. 119

¹³⁵ *Idem*

Entretanto, apesar das críticas apontadas, o autor reputa como válida a solução do sigilo em face da Constituição. Para ele:

*“A disciplina constitucional da publicidade dos atos administrativos não exclui o cabimento de que certas informações pertinentes a processos administrativos em curso sejam mantidas em sigilo, quando tal for determinado como necessário para o atingimento de certos fins, nos termos da lei”.*¹³⁶

Ressalva, entretanto, que isso não significa atribuir ao agente administrativo o poder de escolha para situações em que o sigilo será observado, de forma arbitrária¹³⁷.

Para verificação da possibilidade do sigilo ele traz o critério da “proporcionalidade-adequação”:

*“Por outro lado, a autorização legal para o sigilo apenas será válida quando se evidenciar um vínculo de causalidade com a obtenção de um resultado compatível com a Constituição. Trata-se de uma manifestação da proporcionalidade-adequação”*¹³⁸

Ademais, afirma que, “a autorização legal para o sigilo será validada quando não acarretar prejuízo a outros princípios e valores constitucionalmente protegidos”¹³⁹. Assim, o sigilo não pode prejudicar o controle sobre a Administração Pública, nem impedir a ciência das informações pertinentes por parte do licitante.

Pode-se dizer que, diante da lição de Justen Filho, a publicidade é afastada em atendimento ao interesse da vantajosidade e a ampliação da competição na Licitação Pública, igualmente protegidos e assegurados pelo ordenamento jurídico.

Justen Filho descarta a aplicabilidade da regra da publicidade exigida pela Lei 8.666/1993 e pela 12.527/2011. Isto porque a despeito de se enquadrarem no mesmo nível hierárquico da Lei do RDC, devem ser interpretadas harmonicamente,

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 116

¹³⁷ *Idem*

¹³⁸ *Idem*

¹³⁹ *Idem*

eis que o “*sigilo relativamente ao valor do orçamento estimado não é incompatível com o desenvolvimento da atividade licitatória transparente.*”¹⁴⁰

Entretanto, feito o exame da validade do sigilo, o autor lembra que não se trata de obrigação a ser cumprida pelo administrador, devendo haver “*motivação apropriada*”¹⁴¹. Esta conclusão extrai-se da expressão “*se não constar do instrumento convocatório*” do par 3º do art. 6º.

Por fim, o ~~ilustre~~ doutrinador¹⁴² trata do “*exaurimento da exigência do sigilo*”, ou seja, sobre o momento em que o orçamento estimado se sujeita à publicidade.

O art. 6º da Lei em questão faz referência à publicação após o “*encerramento da licitação*”. Conforme explica o autor, não se deve adotar uma “*interpretação simplista*” que considere tal momento como aquele posterior a adjudicação e a homologação, devendo se “*revelar a finalidade e o conteúdo da disciplina adotada*”. Neste sentido, fundando-se em uma “*interpretação finalista*” é preciso se observar que a exigência do sigilo visa o incentivo à competição. Assim, conclui que “*exaurida a disputa no curso de uma licitação, deixa de haver utilidade na manutenção do sigilo*”¹⁴³. Ou seja, se não houver mais necessidade de reduzir o valor das ofertas e findada a disputa, o sigilo se torna dispensável.

Esta “*interpretação finalista*” se faz mais acertada pois conforme o doutrinador, a finalidade do Regime Diferenciado de Contratação é superar as práticas adotadas pelo regime anterior da Lei 8.666/1993, excessivamente formalista, “*em que os atos apresentavam fins em si mesmo e em que a racionalidade era ignorada*”¹⁴⁴.

Guskow Cardoso faz uma breve análise das Ações de Inconstitucionalidade da Lei 12.462/2011 perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo ele, há duas ADI’s em trâmite: ADI n.º 4.645 e n.º 4.655:

“ A primeira impugna a constitucionalidade da Lei 12.462 sob o prisma formal, apontando o descabimento da utilização da medida provisória e a

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 116

¹⁴¹ *Idem*

¹⁴² *Ibidem*. p. 122

¹⁴³ *Ibidem*. p. 122

¹⁴⁴ *Idem*

*extrapolação da competência parlamentar para emendar o texto original da medida provisória submetida ao Congresso.”*¹⁴⁵

A segunda, igualmente questiona a constitucionalidade formal e constitucionalidade material de diversos outros dispositivos.

Em consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal, consta que a ADI 4.645, sob relatoria do Ministro Luiz Fux aguarda julgamento¹⁴⁶ e a ADI 4.655 está com os autos conclusos ao mesmo relator, em vias de ser julgado¹⁴⁷.

O autor afirma que o diferimento da publicidade no orçamento estimado é válido e compatível com a Constituição Federal:

*“Sempre que a finalidade buscada com determinada providencia possa ser frustrada pela sua divulgação (publicidade) prévia, deve-se admitir o diferimento, a postergação de sua divulgação. Isso não significa que a providência ou medida será sigilosa ou “secreta”, mas apenas que a ela será dada publicidade posteriormente – e não de forma prévia à sua adoção”.*¹⁴⁸

Ademais, afirma que aqui se trata de ponderação de princípios:

*“O que se defende é que o ~~princípio da publicidade~~ princípio da publicidade pode sofrer mitigações diante de situações que envolvam a proteção ou busca da realização de outros valores igualmente protegidos constitucionalmente”*¹⁴⁹.

Entretanto, diz o autor que a mitigação da publicidade deverá se realizar de forma proporcional: *“A mitigação da publicidade deve se dar na exata medida necessária para assegurar a proteção do valor constitucionalmente protegido*

¹⁴⁵ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Op. cit. p. 86.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>>. Acesso em 13/11/2013

¹⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4138546>>. Acesso em 13/11/2013.

¹⁴⁸ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Op. cit. p. 89

¹⁴⁹ *Ibidem.* p.90

*buscado pela medida concreta a ser adotada*¹⁵⁰. Conclui que nunca ela poderá ser totalmente suprimida.

Segundo o autor, *“não há regra constitucional específica que obrigue a Administração a promover a divulgação prévia do orçamento estimado, juntamente com o edital a ser publicado para a convocação dos interessados”*¹⁵¹.

Sobre a alegação da imposição da Lei 8.666/1993 no que diz respeito a obrigação de publicidade do orçamento, não prospera para o autor pois nada impede que *“determinada lei regulando modalidades diversas de licitação não possa instituir disciplina diversa a respeito do assunto”*¹⁵².

Tratando do objetivo da mitigação da publicidade, o autor expõe:

“Conforme indicado durante as discussões para a aprovação do texto da MP n.º 527 e confirmado pelas informações prestadas pelo Presidente da República no âmbito das ADI em trâmite no STF, objetivou-se com a referida regra ‘a proteção do erário, assegurando que as propostas dos licitantes correspondam a um valor pelo qual estejam dispostos a executar a obra, sem que os preços convirjam artificialmente para patamares próximos ao orçamento anunciado, quando poderiam ser mais baixos’”.¹⁵³

O autor ressalta que o princípio da publicidade é diferido em benefício de outros princípios como a eficiência e a economicidade:

*“Quando os licitantes desconhecem o orçamento estimado, a tendência é que apresentem propostas mais atrativas para a Administração, atendendo ao princípio da eficiência e da economicidade.”*¹⁵⁴

Ainda, o sigilo do orçamento serve para coibir práticas nefastas entre os licitantes como o conluio:

“Essa prática desestimula o conluio e outras condutas anticoncorrenciais, motivo pelo qual o sigilo da estimativa orçamentaria é adotado em diversos

¹⁵⁰ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. p. 90.

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 91

¹⁵² *Idem*

¹⁵³ *Ibidem*. p. 92

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 92.

países, como os Estados Unidos e nações integrantes da União Europeia”.

155

Destarte, ainda que a o sigilo do orçamento seja hoje uma questão nebulosa dentro do Direito Administrativo, é certo que se trata de prática comum em outros países e é sustentada pela teoria econômica.

Guskow Cardoso, para expor a efetividade do sigilo do orçamento no que diz respeito à redução das propostas, traz a *“teoria dos leilões”*¹⁵⁶. Em síntese, o procedimento licitatório assemelha-se a um leilão em que de um lado figura a Administração Pública e de outro os licitantes interessados. Neste quadro, as informações que uma das partes fornecer influirá no comportamento da outra. Ou seja, no caso do sigilo do orçamento estimado, o desconhecimento do valor provocará reações nos licitantes no sentido de haver uma ausência de certeza, sendo obrigados a reduzir os preços ofertados. Ainda, por não haver um parâmetro inicial na elaboração das propostas, há um incentivo à redução dos preços.

No mesmo sentido, afirma Marçal Justen Filho a respeito da teoria dos jogos, que guarda semelhança com a teoria dos leilões:

*“Na essência, a teoria dos jogos reconhece que a conduta a ser adotada por um sujeito, em face de um certo conflito em face de terceiros, é fortemente influenciada pelas expectativas relacionadas à conduta alheia. Uma pessoa adota suas decisões não apenas como uma solução meramente pessoal. Toma em vista o conjunto de ações e reações pessoais e do outro, tal como os possíveis resultados que poderão ser obtidos a partir da conjugação desses fatores.”*¹⁵⁷

O autor cita a lição de Peter Trepte, renomado jurista britânico, para explicar os benefícios do sigilo:

“Em termos de concorrência por preço, o próprio valor da concorrência como um processo de descoberta (dos preços de mercado) é prejudicado pela prática usualmente vista em países em desenvolvimento e economias em transição de buscar a fixação do preço de aquisição (em oposição ao

¹⁵⁵ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. p.92

¹⁵⁶ *Idem*

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Apud:** GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit. p. 93.

orçamento disponível) antes do processo de descoberta na concepção equivocada de que eles sabem o verdadeiro preço que deverá ser pago”¹⁵⁸

Conclui o autor:

“Em outras palavras, há demonstrações objetivas no âmbito da ciência econômica de que, em regra, a não divulgação do orçamento estimado pela Administração para determinada contratação tem como efeito o incentivo a comportamentos competitivos pelos licitantes, conduzindo potencialmente à obtenção de propostas mais vantajosas, derivadas da ampliação da disputa. Trata-se de influenciar o comportamento dos licitantes, por meio da supressão de determinada informação ao início da fase de disputa, de modo a obter propostas mais reduzidas”¹⁵⁹

Passando a análise da constitucionalidade do art. 6º da Lei do RDC, o autor adota posição semelhante a de Marçal Justen Filho. Segundo Guskow Cardoso, os objetivos do princípio da publicidade, entre eles a participação do maior número de interessados, o tratamento igualitário entre os licitantes e o controle da Administração não são prejudicadas pela regra insculpida no art. 6º¹⁶⁰. Na verdade, o sigilo do orçamento permite a consecução de outras finalidades, como a redução dos preços das propostas.

Além disso, não merece prosperar a alegação de ausência de parâmetros para concretização das propostas¹⁶¹. Para o autor, isto se contradiz diante do dever existente da Administração fornecer os *“quantitativos do objeto licitado e todos os demais elementos necessários para a elaboração das propostas”*. Ainda, vale ressaltar que esses valores devem corresponder àqueles do mercado. Assim, conclui o autor que *“é possível aos licitantes formularem as suas propostas sem que tenham conhecimento prévio do orçamento estimado pela Administração”¹⁶²*.

Em seguida, o autor alerta para os riscos possíveis da regra do art. 6º da Lei do RDC:

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Op. cit. p. 89

¹⁵⁹ *Idem*

¹⁶⁰ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit.p. 95

¹⁶¹ *Idem*

¹⁶² *Idem*

*“O principal risco reside na desnaturação do sigilo e no fornecimento de informações a respeito do orçamento estimado pelo agente público e apenas um determinado licitante que, com isso, seria beneficiado com informações não disponibilizadas aos demais”.*¹⁶³

Este risco, porém, não invalida a disciplina da Lei 12.462/2012¹⁶⁴. Isto porque *“a desnaturação de sua aplicação não é apta a lhe retirar a validade”*¹⁶⁵. O autor apenas recomenda um rigor no que diz respeito à apuração de situações que conduzam a este resultado indesejado¹⁶⁶.

Por fim, o autor recomenda a responsabilidade dos agentes na manutenção do sigilo do orçamento estimado:

*“Assim, a equipe técnica responsável pela elaboração do orçamento e todos os agentes públicos que tenham contato com tais dados devem assumir formalmente, inclusive mediante assinatura de termo de sigilo específico, a responsabilidade pelo sigilo dos referidos dados”*¹⁶⁷

Temos, portanto, o seguinte quadro: o sigilo do orçamento estimado, inovação do Regime Diferenciado de Contratações, propõe-se atender aos princípios da economicidade e da eficiência, buscando a seleção da proposta mais vantajosa por parte da Administração Pública. Diante deste objetivo, autoriza-se a mitigação do princípio da publicidade, fundada na ponderação dos princípios quando aplicados ao caso concreto. O sigilo promoveria entre os licitantes propostas mais vantajosas pois adequadas aos valores reais de mercado. A publicização do valor faria com que as propostas se adequassem ao valor mínimo, gerando uma situação potencialmente gravosa à Administração.

Todavia deve-se atentar para a recente Lei de Acesso à Informação. Vale ressaltar o art. 23 do diploma legislativo¹⁶⁸. Segundo o artigo as hipóteses de sigilo

¹⁶³ GUSKOW CARDOSO, André. Op. cit.p. 90

¹⁶⁴ *Idem*

¹⁶⁵ *Idem*

¹⁶⁶ *Idem*

¹⁶⁷ *Ibidem*. p. 100

¹⁶⁸ Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

por parte da Administração Pública são aquelas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado. Não se vislumbra aqui ser indispensável à segurança do Estado o sigilo do orçamento estimado.

Vale lembrar que o art. 7º, inciso VI da lei¹⁶⁹ comporta também como direito à informação aquelas pertinentes à licitação e contratos administrativos.

Os princípios da economicidade e da eficiência, ainda que importantes para a Administração Pública, carecem de comprovação no que diz respeito ao sigilo do orçamento estimado. Não se observa até o momento que o modelo promova licitações mais rápidas e eficientes. Trata-se ainda de dúvida, que não justifica o afastamento de direito essencial do cidadão, qual seja o direito à informação.

CONCLUSÃO

Ao término da pesquisa chega-se à seguinte conclusão. Os megaeventos esportivos podem ser excelente oportunidade para investimentos em infraestrutura urbana, ultrapassando o campo do esporte. Os investimentos em aeroportos, rodovias e transporte público, podem justificar as quantias vultosas que tem sido gastas. Entretanto, não se deve olvidar o legado negativo. Os prejuízos ambientais e sociais potenciais devem ser observados e evitados.

Ainda, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas carece de comprovação de seus efeitos e não se sabe se promove a efetividade e a agilidade almejadas. A proposta de ser um novo marco licitatório, tendente a ser ampliada a outras situações além dos megaeventos esportivos parece equivocada. Trata-se de

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;
VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

¹⁶⁹ Art. 7º: O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

lei excepcional e temporária, conforme o próprio texto legal e, portanto, findados os eventos não teria mais justificativa para sua aplicação.

Ainda, a questão do sigilo do orçamento parece ser uma escolha equivocada por parte do legislador. O sigilo, como exceção à publicidade ampla, deve se dar conforme a recente Lei de Acesso à Informação instituído pela Lei 12.527/2011, importante desdobramento do Princípio da Publicidade. Ainda que amparada pela teoria econômica, o sigilo do orçamento carece de levantamentos efetivos que comprovem sua efetividade e alcancem a redução das propostas. Diante disso, não parece acertado o afastamento de direito fundamental do indivíduo, qual seja o acesso à informação. Assim, ainda que amparado na doutrina, o sigilo do orçamento estimado parece ser clara violação do princípio da publicidade. A ponderação de princípios não se sustenta diante do citado direito fundamental à informação.

É certo, porém, que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas é instituto novo e suas consequências serão percebidas somente com o tempo. Após os eventos esportivos e a realização das obras necessárias poderá se ter uma melhor compreensão e buscar um aperfeiçoamento do instituto da Licitação Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes et. al. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental: Congresso comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Porto Alegre: Exclamação, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.645/DF. Rel Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>>. Acesso em: 13/11/2013

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.655/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4138546>>. Acesso em 13/11/2013.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 305/2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=128032&tp=1>> Acesso em: 13/11/2013

BRASIL, BBC. “De onde vem o dinheiro da copa”. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130626_copa_gastos_ru.shtml> Acesso em: 12/11/2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado

BRASIL. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas 2011. Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília. DF: Senado, 2011.

BRASIL. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília. DF: Senado, 2011.

BRASIL. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília. DF: Senado, 1993.

COPA, Portal da. Disponível em: <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/noticia/diario-oficial-traz-resolucao-do-gecopa-que-inclui-atividades-de-seguranca-na-matriz-da-copa>> Acesso em: 12/11/2013.

COPA, Portal da. “Proximidade da Copa já movimenta o turismo”. Disponível em: <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/noticia/proximidade-da-copa-ja-movimenta-o-turismo>>. Acesso em: 12/11/2013.

FIFA. Disponível em <<http://pt.fifa.com/aboutfifa/worldcup/index.html>> Acesso em: 12/11/2013.

G1. “Obras da Arena da Baixada, em Curitiba, são paralisadas”. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/obras-da-arena-da-baixada-em-curitiba-sao-paralisadas.html>> Acesso em: 26/11/2013.

GUIMARAES, José. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=92929&tp=1>>. Acesso em: 12/11/2013.

IG. “Brasil fecha 2011 como a sexta maior economia do mundo”. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/brasil-fecha-2011-como-a-sexta-maior-economia-do-mundo/n1597423059615.html>>. Acesso em: 12/11/2013

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMPOS, Jogos. “Presidente do TCU defende uso do Regime Diferenciado de Contratações para obras da copa”. Disponível em: <<http://www.jogoslimpos.org.br/destaques/presidente-tcu-defende-uso-regime-diferenciado-de-contratacoes-para-obras-da-copa/>>. Acesso em: 12/11/2013.

MAIOR, Carta. “A Copa do Mundo no Brasil: qual o legado provável?”. Disponível em < <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/A-Copa-do-Mundo-no-Brasil-qual-o-legado-provavel-/12/27312>> Acesso em: 26/11/2013.

MARRARA, Thiago (org). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴ ~~Idem. Pg 281.~~

MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e o regime diferenciado de contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PLANEJAMENTO, Ministério do. “Entenda como funciona o RDC”. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/noticia/564012c0>>. Acesso em: 12/11/2013.

PLANEJAMENTO, Ministério do. "Regime Diferenciado de Contratações – RDC". Disponível em: < <http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/compras-eletronicas/regime-diferenciado-de-contratacoes-2013-rdc>>. Acesso em: 12/11/2013.

PLANEJAMENTO, Ministério do. "Regime Diferenciado de Contratação - RDC é o tema do Gestão em Destaque de outubro". Disponível em: < <http://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/rdc-e-o-tema-do-gestao-em-destaque-de-outubro> > Acesso em: 12/11/2013.

S. PAULO, O Estado de. "Rio é escolhido como cidade-sede da olimpíada de 2016". Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/esportes,rio-e-escolhido-como-cidade-sede-da-olimpiada-de-2016,444804,0.htm>> Acessado em: 12 nov. 2013.

S. PAULO, Folha de. "Fifa oficializa Brasil como sede da Copa do Mundo -2014." Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u341044.shtml>> Acesso em: 28 out. 2013>.

S. PAULO, O Estado de. "COB oficializa candidatura do RIO-2016 com carta de garantia". Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/esportes,cob-oficializa-candidatura-do-rio-2016-com-carta-de-garantia,49279,0.htm>> Acesso em: 12/11/2013

S. PAULO, Folha de. "Olimpíada do Rio terá investimento de R\$ 28,8 bi; veja números da cidade". Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u632535.shtml>> Acesso em: 12/11/2013.

TOUCHE TOHMATSU, Delloite. Disponível em: <<http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Brazil/Local%20Assets/Documents/Estudos%20e%20pesquisas/Pesquisa%20Brasil>>

[%20bola%20da%20vez%20-%20Deloitte%20e%20IBRI.PDF](#)> Acesso em:
12/11/2013.

TURISMO. Ministério do. “Turismo será um dos grandes beneficiados com olimpíadas no rio”. Disponível em:
<http://www.dadosefatos.turismo.gov.br/dadosefatos/geral_interna/noticias/detalhe/20091002.html> Acesso em: 12/11/2013

UNIÃO, Tribunal de Contas. “O TCU e a Copa do Mundo de 2014 (Abril de 2013)”. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2537743.PDF>> Acesso em: 26/11/2013.