

O NOVO E DIFERENCIADO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A QUESTÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO PREVIAMENTE ESTIMADO NAS LICITAÇÕES SOB O RDC¹

The New and Differentiated Regime for Contracting: The question of the (in) constitutionality of previously estimated budget stealth in biddings under the DRC

Ana Carolina Freitas de Barros Marques
Pós-Graduanda em Gestão Pública pelo IFPE
Especialista em Direito Público pela Faculdade ASCES
Advogada

RESUMO: O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) tem o escopo de tornar as licitações do Poder Público mais eficientes, céleres e econômicas, sem que se afaste a transparência, o acompanhamento e fiscalização pelos órgãos controladores. Algumas de suas principais características são a contratação integrada, o estímulo ao desenvolvimento nacional sustentável e o sigilo do orçamento do procedimento licitatório. Portanto, aqui se vislumbra analisar a constitucionalidade do sigilo do orçamento previamente estimado nas licitações regidas sob o RDC, norma que está contida no art. 6º da Lei nº. 12.462/2011.

ABSTRACT: The Differentiated Public Procurement Regime (DRC) has the scope of making public biddings more efficient, faster and more economical, without departing from transparency, monitoring and inspection by the controlling bodies. Some of its main characteristics are the integrated contracting, the stimulus to sustainable national development and the secrecy of the budget of the bidding procedure. Therefore, it is envisaged here to analyze the constitutionality of the secrecy of the budget previously estimated in the bids governed under the DRC, a rule that is contained in art. 6 of Law no. 12,462/2011.

¹ Artigo científico elaborado com base em monografia de conclusão no Curso de Especialização em Direito Público, Turma IV, em 2015, na Faculdade ASCES, sob orientação da Profa. Msc. Roberta Cruz da Silva.

1 O NOVO E DIFERENCIADO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ORIGEM E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

1.1 INSTITUIÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)

O procedimento licitatório, há muito, permeia a atividade administrativa, conforme determinam o Texto Constitucional em vigor e vários diplomas legais. Consoante o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, é obrigatória a licitação para aquisições, alienações, obras e contratos de prestação de serviços, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes:

Art. 37, XXI, CF – 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.

Além disso, a licitação também é obrigatória para a concessão e permissão de serviço público, assim como dispõe o art. 175, da Constituição Federal. Desta forma, a Lei nº. 8.666/1993 foi instituída com o objetivo de regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição, definindo as normas para licitação e contratos da Administração Pública.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 8.666/1993 dispõe os entes que são subordinados à licitação, quais sejam: órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No tocante às licitações realizadas pelas entidades da administração indireta, o art. 119 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe que as próprias entidades deverão editar regulamentos próprios, que devem ser publicados e aprovados pela autoridade de nível superior à que estiverem vinculados, estando sujeitos às disposições da Lei.

O art. 3º da referida Lei dispõe que a licitação tem como objetivo garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O art. 22, § 8º, da Lei nº. 8.666/1993 veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades já existentes no ordenamento jurídico. No entanto, é possível que esta criação seja feita por meio de lei federal específica, assim como ocorreu com a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Deve-se destacar que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos relativos à Administração Pública, conforme o art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) é um novo regime licitatório, que visa a tornar as licitações do Poder Público mais eficientes, céleres e econômicas sem afastar a transparência, o acompanhamento e fiscalização interna e externa pelos órgãos controladores.

Assim como consta no Portal Eletrônico da Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas, da Universidade Federal de Santa Catarina², o Regime Diferenciado foi inspirado nas regras de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos, nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como também na legislação que disciplina no Brasil as contratações por meio da modalidade pregão (Lei nº. 10.520/2002).

A primeira tentativa de instituição do Regime Diferenciado de Contratações se deu com a edição da Medida Provisória nº. 489, de 12 de maio de 2010, que “Autoriza a União a integrar, na forma de consórcio público e de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica – APO, e dá outras providências”.

No entanto, não houve acordo no Congresso Nacional para que a Medida Provisória fosse aprovada, restando na perda de eficácia desta, uma vez que não foi apreciada no prazo definido constitucionalmente.

Outras tentativas foram propostas por meio de apresentação de emendas às Medidas Provisórias nº. 503, de 2010, nº. 521, de 2010 e nº. 527, de 2011, sendo que somente esta última obteve aprovação pelo Congresso Nacional, tendo sido convertida na Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011, posteriormente modificada pelas Leis nº. 12.688, de 18 de julho de 2012, nº. 12.745, de 19 de dezembro de 2012 e nº. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015.³

² UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Portal Eletrônico da Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas**. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Oficina-38-Semana-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

³ RIBEIRO, Romiro. **O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. Disponível em: <<http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcancar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído pela Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011 e é regulamentado pelo Decreto nº. 7.581, de 11 de outubro de 2011.

1.2 CAMPO DE APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O artigo 1º da Lei Federal nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I** – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
- II** – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III** – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
- 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)
- VI** – das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VII** – das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VIII** – das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- IX** – dos contratos a que se refere o art. 47-A – contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração Pública (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

Primeiramente, o Regime Diferenciado foi instituído para ser aplicado exclusivamente às licitações e contratos administrativos referentes à Copa do Mundo de 2014, às Olimpíadas de 2016 e aos aeroportos que seriam utilizados na Copa do Mundo.

Contudo, este campo de aplicação foi estendido para aeroportos de capitais dos Estados distantes até 350 km das cidades-sede do referido evento; para ações do Programa de Aceleração do Crescimento; obras de engenharia do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); como também para serviços de engenharia em estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e ações no âmbito de Segurança Pública, conforme as disposições contidas nos incisos IV, V, VI e VII, da Lei nº. 12.462/2011.

Ademais, a Lei nº. 13.190/2015 ampliou a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas para obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; aos contratos a que se refere o art. 47-A (contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração Pública). Além das hipóteses previstas no caput, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas também é aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (art. 1º, § 3º).

Sendo assim, considerando tais previsões inseridas posteriormente, é necessário frisar que a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas não se trata de alteração da Lei nº. 8.666/1993. Neste sentido, conforme preleciona Juliano Heinen:

(...) O que se quer dizer é que o RDC deverá ser paulatinamente adaptado, porque, de acordo com seu texto original, ele enfrenta dificuldades em servir para todo o tipo de licitações públicas. Em termos singelos, podemos dizer que o RDC teve por mote a aquisição de obras ou serviços complexos, sendo de pouca adaptação à compra de objetos simples (não que não se possa assim adquirir). Apesar disto, não temos dúvida de que temos em mão uma inovação positiva, mas que, para se tornar uma lei geral de licitações e de contratos, precisará muito mais do que isso.⁴

O que anteriormente só poderia ser utilizado nos eventos esportivos os quais o Brasil é país-sede, foi estendida a possibilidade de aplicação do RDC a

⁴ HEINEN, Juliano. **Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

outras obras da Administração Pública. Portanto, tendo em vista a competência da União de legislar sobre licitações e contratos da Administração, é imprescindível ressaltar que este Regime não pode ser utilizado em outros objetos que não estejam elencados pela lei, pois, assim como a lei define, a ampliação de seu objeto somente poderá ser feita pela União.

Os principais objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas consistem em ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, assim como está disposto no § 1º, I, II, III e IV do art. 1º da Lei nº. 12.462/2011.

A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº. 8.666/1993, exceto nos casos expressamente previstos na Lei nº. 12.462/2011 (art. 1º, § 2º).

Ademais, o art. 3º da mencionada Lei ainda preleciona que devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O RDC visa a desburocratizar algumas disposições contidas na Lei nº. 8.666/1993. Algumas de suas vantagens consistem na inversão de fases de habilitação e proposta, visto que na Lei de nº. 8.666/1993, primeiro verifica-se a habilitação dos interessados em participar da licitação, para em seguida, ser realizado o julgamento das propostas. Enquanto que nas licitações disciplinadas pelo Regime Diferenciado, há a possibilidade de primeiro julgar as propostas para posteriormente ser verificada a habilitação; a proibição de aditivos no caso de contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada; e a padronização de minutas de contratos (art. 4º, II, da Lei nº. 12.462/2011).

Embora o RDC tenha a pretensão de desburocratizar algumas disposições da Lei de Licitações, se faz mister observar algumas das suas inovações, como também os riscos que ele pode apresentar, visto que se trata de um tema contemporâneo no ordenamento jurídico e também é objeto de muitas discussões acerca de sua constitucionalidade, como também há dúvidas sobre sua eficiência.

1.3 INOVAÇÕES E DIVERGÊNCIAS RELATIVAS À APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Diante da recente ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado, é necessário que o Poder Público atue com cautela, obedecendo estritamente ao que está definido na lei, para que não viole as normas e princípios estabelecidos constitucionalmente. Neste diapasão, Renato Monteiro Rezende entende o seguinte:

(...) se era objetivo do Governo, com a aprovação do RDC, acelerar os procedimentos de contratação de obras e serviços para a Copa do Mundo e as Olimpíadas, a forma precipitada como se deu a instituição do novo regime, afastando-se o processo legislativo ordinário e descurando-se das normas constitucionais de distribuição de competências, pode, ao contrário do inicialmente previsto, operar em desfavor da celeridade pretendida, dando ensejo a disputas judiciais quanto à própria validade da nova Lei.⁵

Uma peculiaridade que é alvo de críticas no RDC é o sigilo do orçamento estimado para a contratação, que está disposto no art. 6º da Lei nº. 12.462/2011. Com fulcro nesse artigo, o administrador público poderá optar por atribuir caráter sigiloso ao orçamento que estimou para a despesa. Segundo o Poder Público, o sigilo torna as propostas mais competitivas. Entretanto, alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade desse sigilo, uma vez que ele pode facilitar fraudes no procedimento licitatório. Este tópico será melhor discutido no segundo capítulo desta pesquisa.

Um dos riscos que se destaca no Regime Diferenciado é a licitação baseada em anteprojeto, que diferentemente do procedimento adotado na Lei nº. 8.666/1993, não exige a apresentação do projeto básico, conforme os parâmetros legais impostos.

Portanto, sendo a licitação baseada em anteprojeto, não há como ter precisão do objeto, dos custos para Administração Pública e do prazo de execução das obras ou serviços que poderão contratados. Desta forma, é notável a dificuldade em avaliar a qualidade do objeto construído, como também enumerar as vantagens em relação às demais propostas.

O art. 9º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas disciplina sobre a contratação integrada, que compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as

⁵ REZENDE, Renato Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011**. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011, p. 57. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (§ 1º). Essa contratação integrada poderá ser utilizada, desde que seja técnica e economicamente justificada e seu objeto deve envolver, pelo menos, uma das condições a seguir: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Portanto, entende-se que por este regime de execução, ao invés de a Administração realizar o projeto básico e executivo, fica por responsabilidade do particular desempenhar tal serviço. De acordo com as disposições da lei, a obra é entregue pronta para ser usada.⁶

Nesta modalidade, a celebração de termos aditivos é vedada, exceto para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por caso fortuito, força maior ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte da empresa contratada, observados os limites do § 1º do art. 65 da Lei nº. 8.666/1993. (art. 9º, § 4º).

Contudo, essa contratação integrada sofre algumas críticas pelo fato de não oferecer aos participantes da licitação um projeto básico que demonstre as reais despesas e riscos do projeto que será executado.

Sobre esta incerteza, Romiro Ribeiro preleciona que ela pode comprometer o resultado da licitação. Veja-se:

Esta incerteza pode comprometer o resultado da licitação e também a conclusão da obra diante da possibilidade da ocorrência de eventos que impactam o custo da obra, mas que não foram adequadamente identificados e precificados por ocasião da licitação. A empresa, em razão do porte ou da situação econômico-financeira, poderá não suportar esse aumento de custos sem revisão contratual, o que a levará a sérias dificuldades financeiras, à falência ou ao abandono da obra, ou às três situações, não necessariamente nessa ordem.⁷

Outra inovação do Regime Diferenciado de Contratações é a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, que está contida no art. 10 da Lei nº. 12.462/2011. Esta norma já era prevista na Lei de Parcerias Público-

⁶ MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3152, 17 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015. p. 01.

⁷ RIBEIRO, Romiro. **O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações – RDC**. Disponível em: <<http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcanhar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

Privadas, em seu art. 6º, § 1º. De acordo com este dispositivo, na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Sobre a remuneração variável, Juliano Heinen entende o seguinte:

(...) tal ferramenta permite que o Poder Público premie com um valor adicional aquele contratante que cumprir certas metas de qualidade, estipuladas de maneira objetiva no instrumento convocatório. É uma espécie de incentivo para aquele contratante que se oferece para cumprir o acordado de maneira mais eficaz. Pode-se definir esses padrões, p. ex., a partir de níveis de qualidade, de prazos maiores ou menores no que se refere à entrega do objeto contratado, ou pela apresentação de planos de maior ou menor sustentabilidade, definidos na fase interna das licitações.⁸

O art. 12 da Lei do RDC determina a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral com o intuito de diminuir a burocracia e reduzir as despesas para os participantes da licitação. Esta inversão, no RDC, é adotada como regra geral, ou seja, primeiro as propostas ou lances são apresentados e posteriormente há a verificação da habilitação somente do licitante vencedor. Importante destacar que a aplicação do sistema adotado pela Lei de Licitações, que consiste na habilitação antecedendo a abertura das propostas, exige motivação e deve haver previsão expressa no instrumento convocatório (art. 12, parágrafo único). Nesse diapasão, Rafael Carvalho Oliveira e Rafael Vêras de Freitas têm o seguinte entendimento:

Esses requisitos criam um ônus para o gestor público, caso opte pela adoção do procedimento convencional consagrado na Lei nº 8.666/93. Entende-se como salutar a referida inovação legislativa, uma vez que se, por um lado, essa faculdade permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional, de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, de outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros mundialmente consagrados de eficiência nas contratações administrativas.⁹

⁸ HEINEN, Juliano. **Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 69.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

Conforme o art. 16 do RDC, nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento. Essa combinação visa a estimular a concorrência entre os licitantes e aumentar os ganhos da Administração Pública. Além disso, ainda possibilita a apresentação de lances intermediários durante a disputa aberta (art. 17, § 2º, I) e a reabertura da disputa aberta após definição da melhor proposta (art. 17, § 2º, II).

Os contratos de eficiência são que têm por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23, § 1º). Essa norma tem o escopo de selecionar a proposta de prestação de serviço que ofereça a maior economia para o Poder Público decorrente da execução do contrato. Sendo assim, é importante destacar que os riscos são assumidos pela empresa contratada, o que consequentemente interfere em sua remuneração.

Caso a economia prevista no contrato de eficiência não seja gerada, o § 3º, I, II e III do referido artigo define as consequências: a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

De acordo com o art. 31 do RDC, os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo. Esse registro cadastral consiste em uma “(...) anotação do desempenho contratual do licitante no respectivo registro cadastral. A intenção do legislador é incrementar as informações constantes do registro para que passe a ser utilizado como fonte de consulta para as futuras contratações”.¹⁰

Por fim, oportuno mostra-se destacar outra inovação acerca do RDC, que concerne no fato de que caso haja desistência do primeiro colocado, poderá

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

haver convocação de licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório (art. 40, parágrafo único).

Do exposto, aqui foram elencadas algumas das mais importantes inovações do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, as quais têm o objetivo de tornar mais célere, econômico e moderno o procedimento licitatório para compras de bens, serviços e obras da Administração Pública. É cediço que alguns mecanismos adotados pelo Regime proporcionam a desburocratização vislumbrada, como é o caso da inversão de fases de habilitação e julgamento.

Não obstante, é necessário que o Poder Público pondere os aspectos positivos e negativos do Regime Diferenciado de Contratações, de modo que possa aprimorar a Lei nº. 8.666/1993 visando a, principalmente, lograr êxito nas contratações públicas, garantindo maior economicidade à Administração Pública.

Por conseguinte, considerando que o RDC, em relação ao procedimento licitatório regido pela Lei nº. 8.666/1993, ainda é um Regime muito recente no ordenamento jurídico pátrio, para que se verifique sua eficiência, é indispensável que o Poder Público desenvolva um controle efetivo desde o planejamento, como da fiscalização e execução do que foi proposto, sem olvidar que, quando um regime é flexibilizado, com o intento de alcançar um nível maior de eficiência e economicidade e desenvolvimento sustentável nacional, é imprescindível os mecanismos de controle sejam aprimorados.

2 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O regime jurídico administrativo dispõe sobre prerrogativas e restrições às quais a Administração Pública se sujeita. Estas prerrogativas e restrições regem todas as atividades da Administração e orientam, principalmente, o Direito Administrativo. Essas definem a supremacia do interesse público perante o particular, e aquelas limitam a atividade administrativa, já que esta atividade

deve obedecer a algumas normas para que não haja desvio de poder nem de finalidade.¹¹

Oportuno destacar que os princípios constitucionais são autônomos e têm a mesma força das normas jurídicas que integram a Constituição Federal e, portanto, devem ser aplicados independentemente de regra jurídica, com o intento de evitar ao máximo que existam lacunas no Texto Constitucional.

Levando em consideração a aplicabilidade dos princípios, o caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 define expressamente que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No entanto, apesar de o princípio da publicidade estar expresso no caput do art. 37, no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, existem normas que limitam a aplicação do princípio da publicidade. O referido inciso dispõe o seguinte: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Ademais, Maria Sylvia Di Pietro¹² sustenta que o inciso LX deve ser combinado com o inciso X, XI e XII do mesmo artigo, pois o primeiro protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; o segundo dispõe sobre a inviolabilidade do domicílio, pois ninguém pode nele adentrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; enquanto que o terceiro preleciona sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sobre a publicidade que rege as atividades da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho compreende que:

Nunca é demais frisar que os atos do Estado devem estar abertos a todos, ou seja, são atos públicos e, por tal motivo, devem ser franqueados a todos. Licitação sem publicidade revela-se simplesmente um zero jurídico. Lembra-se aqui, por oportuno, que a publicidade é um princípio republicano e remonta à res publica, indicativa da coisa pública, coisa de todos.¹³

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 72.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 250.

Os instrumentos utilizados para concretizar o direito à informação estão expressos na Constituição Federal como remédios constitucionais, no art. 5º, incisos LXXII e LXIX; o primeiro, trata-se do habeas data, que é cabível para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; já o segundo, o mandado de segurança, protege o direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Além de estar expresso na Constituição Federal, o princípio da publicidade também é disciplinado em leis infraconstitucionais, como é o exemplo do art. 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei nº. 9.784/1999, o qual preceitua sobre a obrigatoriedade de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas no Texto Constitucional.

Oportuno notar que a publicidade poderá ser restringida quando atentar contra a intimidade, vida privada, honra e a segurança nacional. É cediço dizer que não há sigilo absoluto, o que ocorre é que os atos da Administração Pública serão sigilosos desde que sejam devidamente justificados.

Por conseguinte, é cediço dizer que é por meio do princípio da publicidade que se torna possível a fiscalização estatal em qualquer âmbito federativo, já que é a partir dele que a Administração Pública tem a obrigação de divulgar amplamente seus atos e demonstrar a transparência de suas atividades. Nesse diapasão, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco têm a seguinte compreensão:

(...) a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não-governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.¹⁴

Ante o exposto, relevante se mostra a promulgação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº. 12.527/2011), que regula o acesso às informações, concretiza o direito à informação sobre os atos da Administração Pública e o dever de transparência em todos os níveis da federação, respeitando os limites impostos no Texto Constitucional. Exemplo disso é a criação dos Portais da Transparência, seja no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1036.

Destarte, é imprescindível frisar que a implementação desta prática permite que os cidadãos exerçam de forma efetiva o controle social das atividades estatais, principalmente no tocante às despesas das prestações de serviços.¹⁵

2.2 AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1993) considera expressamente alguns princípios básicos que norteiam o procedimento licitatório, os quais estão elencados no caput do art. 3º da referida lei:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, **da publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. **(grifo nosso)**

Além disso, consoante o § 3º da Lei nº. 8.666/1993: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**”.

Cumprido ressaltar que este dispositivo trata da regra fundamental a qual rege o procedimento licitatório, que consiste na publicidade de todos os atos, considerando que a licitação deve ser amplamente divulgada, pois quanto maior a publicidade, maior o número de interessados no certame, consequentemente, podendo restar mais vantajosa a proposta vencedora. Contudo, a exceção a que o dispositivo se refere versa sobre as propostas apresentadas pelos participantes da licitação, que deve ser mantido o sigilo do seu conteúdo até a abertura dos envelopes em sessão pública.

Ainda sobre o acesso do público ao procedimento licitatório, o art. 4º define que qualquer cidadão pode acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

O art. 21 dispõe que os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência e o § 4º determina que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1036.

Ainda tratando da publicidade, outro exemplo posto no art. 39 da mesma Lei, estabelece que quando o valor da licitação for superior ao limite previsto na própria Lei, o procedimento licitatório deverá ser iniciado por audiência pública, que deve ser divulgada pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Outro aspecto que deve ser destacado é o que está disposto no art. 40, da Lei nº. 8.666/1993, que determina regras cujo edital deve obedecer, como por exemplo: a indicação do 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. Importante ressaltar a regra contida no § 2º, II do referido artigo, destacando que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deve fazer parte dos anexos do edital da licitação.

Divergindo principalmente desta última regra estabelecida na Lei de Licitações Públicas, adentrando especificamente no tema objeto desta pesquisa, oportuno se mostra o art. 6º da Lei nº. 12.462/2011, dispondo que o orçamento das licitações geridas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas é sigiloso e somente será disponibilizado ao público ao final do procedimento. Destarte, cumpre ressaltar que muitos consideram que este dispositivo restringe a publicidade do procedimento licitatório.

2.3 O ORÇAMENTO PREVIAMENTE ESTIMADO NO RDC: COMPREENSÕES ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE OU CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO

A regra do orçamento sigiloso das licitações realizadas por meio do RDC estabelecida no art. 6º da Lei nº. 12.462/2011 é um aspecto bastante polêmico desde sua implementação no ordenamento jurídico, pois já que difere de uma regra imposta na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, esta norma é objeto de questionamentos acerca de sua validade.

O art. 6º determina que o orçamento previamente estimado para as contratações públicas 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. 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. (§ 1º); no caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório (§ 2º); e 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 (§ 3º).

Alguns críticos aduzem que orçamento sigiloso adotado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas é inconstitucional, sob o argumento de que esta prática atenta contra o princípio da publicidade expresso no caput do art. 37 da Constituição pátria e no art. 3º da Lei nº. 8.666/1993.

Um exemplo que ilustra esta afirmação é a ADI nº. 4.645, ajuizada pelos partidos políticos PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), DEM (Democratas) e PPS (Partido Popular Socialista) pleiteando a inconstitucionalidade não só do RDC, como também do art. 6º da referida Lei.

Márcio Cammarosano entende que o argumento utilizado para justificar a instituição do sigilo do orçamento previamente estimado é a necessidade de impedir o conluio entre os participantes da licitação:

Estes, sabendo de antemão quais os valores orçados pela Administração, e por ela assim fixados, como referenciais para decisões que venha a tomar em face do que for proposto pelos que acorrem ao certame, poderiam, de comum acordo, acertarem-se quanto aos valores a consignarem em suas respectivas propostas, para a consecução dos resultados que almejam, deixando cada qual, de disputar diretamente o objeto do certame, como seria mister, apresentando preços que lhe fossem realmente factíveis em razão de seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação.¹⁶

Entretanto, o autor considera que este argumento é insidioso, pois sendo o orçamento sigiloso ou não, sempre poderá haver combinação entre os participantes da licitação, tendo em vista que a Administração Pública somente pode elaborar o orçamento prévio de acordo com os valores vigentes no mercado, que evidentemente, são do conhecimento das empresas do ramo. Além disso, para ele, sempre haverá risco de quebra de sigilo por parte de algum integrante dos órgãos de controle interno ou externo, visando à oportunidade de enriquecer-se, ainda que o faça de modo ilícito.

Ainda abordando o entendimento de Cammarosano, o orçamento estimado permanecerá sigiloso aos participantes da licitação até o esgotamento

¹⁶ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº. 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 52 e 53.

da fase recursal, já que este é o momento em que o procedimento licitatório se dá por encerrado, previsto no art. 28 da Lei do RDC. Após o esgotamento do procedimento, ainda é possível o saneamento de irregularidades, anulação total ou parcial da licitação por vício insanável, revogação do procedimento por motivo de conveniência e oportunidade, adjudicação do objeto e homologação a licitação (art. 28, I, II, III e IV, da Lei nº. 12.462/2011).

Na opinião do referido autor, esse sistema não se ampara à luz do princípio da razoabilidade, revelando-se fruto de uma precipitação legislativa, que enseja inconsistências e tumultos procedimentais que o regulamento editado só faz agravar. Ainda defende que esta prática é atentatória aos princípios do contraditório e ampla defesa, pois os licitantes terão a possibilidade de recorrer de decisão que tenha desclassificado suas propostas tendo o orçamento como um parâmetro prévio, contudo, este orçamento para eles ainda será desconhecido. Assim sendo, defende que esta disciplina é definitivamente desarrazoada, assemelhando-se a um jogo de esconde-esconde, que infringe o devido processo legal, o direito ao contraditório e ampla defesa, sendo, portanto, inconstitucional.¹⁷

Deste mesmo modo, de acordo com a compreensão de Roberto Dias e João Paulo Ferreira¹⁸, a restrição da publicidade no art. 6º do RDC não é um meio hábil de modo a evitar possíveis fraudes e conluios nas licitações realizadas sob o Regime. Além disso, de acordo com seu entendimento, essa mitigação do art. 6º não está em consonância com as proposições exclusivamente trazidas no Texto Constitucional e pela Lei de Acesso à Informação. Em suas palavras:

(...) a edição da Lei nº. 12.462/2011, ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, perpetrando, em uma série de dispositivos, ofensas aos preceitos constitucionais que balizam a atividade licitatória do Estado – **especialmente no campo da publicidade administrativa** –, fatalmente maculando-o de forma irremediável.¹⁹

Por outro lado, alguns autores defendem a constitucionalidade desta norma jurídica, já que o legislador adotou esta medida justificando que esta prática pode evitar o superfaturamento de obras e serviços, bem como dificultar

¹⁷ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº. 12.462, de 05 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 54 e 55.

¹⁸ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A Publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69.

¹⁹ _____. p. 71.

uma conspiração entre os concorrentes da licitação. Além disso, os autores que defendem a constitucionalidade do orçamento sigiloso entendem que a prática não é ofensiva ao princípio da publicidade e da transparência. Nesta linha de raciocínio, Rafael Carvalho sustenta o seguinte:

A necessidade de modificação da regra tradicional de licitação, com a previsão do orçamento sigiloso, sempre foi defendida por parcela da doutrina, especialmente para evitar que a divulgação do orçamento influenciasse a elevação dos valores constantes das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, dado que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes.²⁰

Ademais, apesar de os princípios constitucionais terem aplicabilidade imediata e força de normas jurídicas, ainda há que se ressaltar que estes devem ser analisados tecnicamente antes de sua aplicação, de modo que não prejudique a finalidade pretendida, pois como em todos os casos, é necessário que haja uma ponderação dos princípios, levando em consideração que o orçamento previamente estimado tem o escopo de dar mais competitividade à licitação. Neste sentido, Marcos Nóbrega estabelece que:

(...) devemos assentar que não vemos qualquer amesquinamento do princípio constitucional da publicidade. O direito brasileiro, principalmente a partir dos anos 90, passou a supervalorizar a idéia dos princípios, colocando-os como elementos máximos do sistema. Essa supervalorização ensejou uma espécie de “vale tudo” jurídico, ou seja, ou “tudo pode” ou “nada pode”. Os princípios muitas vezes são invocados sem devida análise técnica, determinando um “senso comum” jurídico que acaba por atrapalhar os melhores objetivos buscados. O princípio da transparência é relativo e não absoluto. Assim, dependendo dos objetivos perseguidos e dos custos envolvidos, vale a pena postergá-lo, com vistas a melhorar as regras do jogo dando mais competitividade ao certame.²¹

Um dos mais importantes argumentos utilizados pelos que defendem a constitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 12.462/2011 é a segurança jurídica, para que a licitação não seja prejudicada, tendo em vista que a Administração Pública deve ponderar a aplicação dos princípios, considerando que o orçamento não será de todo secreto, pois sua publicação se dará logo após o exaurimento do procedimento licitatório. É o que preleciona André Guskow Cardoso:

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 162.

²¹ NÓBREGA, Marcos. *O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

A mitigação da publicidade deve-se dar na medida estritamente necessária para assegurar a proteção do valor constitucionalmente protegido buscado pela medida concreta a ser adotada. Em termos gerais, isso significa que a publicidade do ato poderá ser postergada para momento posterior à sua prática ou à concretização de seus efeitos. Jamais, porém, poderá ser totalmente suprimida.²²

Ademais, Juliano Heinen ressalta que o sigilo do orçamento previamente estimado não é uma inovação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, já que a Lei do Pregão (Lei nº. 10.520/2002) dispensa a publicidade da estimativa de custos no seu procedimento. Não menos importante, deve-se frisar que o TCU já havia dispensado esta exigência acerca da publicidade nos Acórdãos nº. 392/2011 e nº. 2.080/2012. Além destes, no Acórdão nº. 1.312/2009, Pleno, a decisão consiste na permissão do orçamento sigiloso nas contratações realizadas com o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) – Banco Mundial. Isto posto, no entendimento do autor: “(...) compreende-se, assim, que eventual discussão sobre a ilegalidade ou sobre a inconstitucionalidade desta vedação já foi superada quando do debate acerca da necessidade de se ter estimativa de custos no pregão”.²³

Ainda sobre a questão aqui abordada, é imprescindível observar que não existe uma regra específica no Texto Constitucional determinando a obrigação da Administração Pública em dar publicidade prévia do orçamento estimado juntamente com o edital da licitação. A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos instituiu esta exigência, o que não impede a Lei do RDC – que regula uma modalidade diversa das que constam na Lei nº. 8.666/1993 – de instituir regra divergente no que concerne ao tema.

Outra justificativa que é favorável à constitucionalidade do orçamento sigiloso consiste no incentivo à redução de valores, já que os participantes da licitação não sabem de antecipadamente qual o orçamento estimado pela Administração Pública para o objeto da licitação. Neste íterim, é oportuno consignar o entendimento de André Guskow Cardoso sobre este assunto:

²² CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº. 58, dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

²³ HEINEN, Juliano. Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

Como os licitantes não sabem quais serão as propostas formuladas pelos demais, há incentivo adicional à redução dos preços – evidentemente, dentro de certos limites. Um determinado licitante jamais terá como saber – a não ser no caso de conluio, que corresponderá a uma distorção da disputa, um ato ilícito punível segundo a legislação – qual o parâmetro que está sendo observado pelos demais na formulação de suas propostas. Quando o orçamento estimado é previamente divulgado, há um parâmetro inicial que é considerado por todos os licitantes, correspondente ao valor inicialmente divulgado pela Administração.²⁴

Desta maneira, ainda neste liame, também é conveniente considerar o posicionamento de Ângelo Henrique Lopes da Silva, que realizou uma pesquisa baseada em estatísticas, utilizando vários métodos para a obtenção dos resultados.

Logo, para ele, nas licitações realizadas pelo Regime Diferenciado de Contratação, quanto maior for o orçamento estimado, maior será a probabilidade de os custos serem reduzidos tendo o orçamento sigiloso na licitação. Considerando que a Administração Pública tende a adotar orçamentos estimados mais elevados do que a faixa de preços adotada pelo mercado, por não conhecer tão bem o mercado como os participantes da licitação, adotando o orçamento sigiloso, este poderia garantir um resultado mais vantajoso para a Administração Pública, sobretudo economicamente falando, tendo em vista que esta tem a possibilidade de ter menores custos na aquisição de bens, obras e serviços.²⁵

Como já foi dito anteriormente, o orçamento sigiloso foi instituído no RDC não sendo uma novidade, pois o mesmo já estava presente na legislação brasileira desde a Lei do Pregão, que foi editada quase dez anos antes. Além do que, este modelo foi adotado seguindo orientações editadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que proíbe o conluio entre os concorrentes da licitação, prática esta considerada criminosa em alguns países, e em outros, infração penal:

Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. Esses preços mínimos não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.²⁶

²⁴ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 58, dezembro de 2011**. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

²⁵ SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. **XVI Prêmio Tesouro Nacional – 2011**. Tema II: Economia e Contabilidade do Setor Público. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

²⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas. Fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

Renato Rezende²⁷ realizou uma pesquisa comparada acerca das licitações e a divulgação de seus orçamentos. De acordo com este levantamento, é importante destacar que na França, o Código de Contratos Públicos (Code des Marchés Publics), nos arts. 40, V, e 150, V, preleciona que o ente ou órgão contratante não tem a obrigação divulgar, no edital de licitação para a contratação de obras, serviços ou fornecimentos, o valor previamente estimado das prestações esperadas. Respondendo a uma questão escrita formulada pelo Senado Francês, o Ministro da Economia reiterou que a divulgação do preço estimado dos contratos no edital de licitação, nos termos do referido Código de Contratos Públicos, realmente não se configura como uma obrigação.

De acordo com a pesquisa realizada, nos Estados Unidos, a Federal Acquisition Regulation (FAR), regulamento que orienta os procedimentos de contratações referentes ao Governo Federal, prevê, na Seção 36.203 (d), que o acesso às informações atinentes ao orçamento elaborado pela Administração Pública, no tocante aos contratos de obras que serão celebrados, deve-se limitar somente aos funcionários cujos deveres prescindem tal conhecimento, permitido o sigilo em relação aos serviços especializados, durante as negociações do contrato, na medida considerada necessária para que se chegue a um preço justo e razoável.

De todo modo, essa norma proíbe a divulgação do valor global do orçamento governamental, salvo se permitido pela legislação do órgão.

A Seção 36.213-2 da FAR, no que se refere aos avisos de licitações para contratar obras, determina que estes contenham detalhes suficientes acerca da natureza e do volume da obra, inclusive a faixa estimada de preço. As faixas de preço estão fixadas na Seção 36.204 da FAR, a qual dispõe que, em nenhuma hipótese, os dados sobre a magnitude da obra, incluindo a faixa de preço indicada, podem revelar o valor do orçamento prévio da Administração.

Por outro lado, na União Europeia, os Estados-Membros devem se adequar às normas constantes na Directiva nº. 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

²⁷ REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoespublicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

No exemplo de Portugal, o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº. 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, prevê a divulgação dos preços estimados das contratações no anúncio de pré-informação. Além disso, deve constar no caderno de encargos o valor do orçamento estimado como parâmetro para as contratações.

O mesmo ocorre na Espanha, de acordo com o Anexo II do Decreto Real nº. 817/2009, de 08 de maio de 2009 (Boletín Oficial del Estado nº. 118, de 15 de maio de 2009, p. 41.253), o qual dispõe que o valor dos orçamentos estimados para as contratações públicas devem constar nos editais das licitações.²⁸

Diante dos argumentos aqui expostos, é notório perceber que a questão acerca da (in)constitucionalidade e possibilidade de aplicação do orçamento sigiloso no Regime Diferenciado de Contratações Públicas ainda permeia muitas discussões entre os estudiosos desta temática. Portanto, compete destacar que é imprescindível que a Administração Pública atue com cautela em relação aos concorrentes da licitação e realize com frequência uma fiscalização interna e externa, para que se verifique a viabilidade deste dispositivo em relação à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E SUA APLICAÇÃO NOS PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 é a Lei Fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. É por meio de suas normas, princípios e valores que o Estado organiza sua forma de governo e regula todas as suas atividades. É cediço que os fundamentos do controle de constitucionalidade têm uma relação direta com a supremacia do Texto Constitucional, tendo em vista que por meio de sua realização é viável evitar a supressão de normas constitucionalmente impostas por outras que sejam hierarquicamente inferiores, bem como evitar a

²⁸ Todas as informações aqui elencadas sobre o orçamento previamente estimado nas licitações no Direito Comparado foram retiradas de uma pesquisa realizada por Renato Monteiro Rezende, que está disponível em: REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoespublicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

modificação de normas dispostas como cláusulas pétreas. O advento do controle de constitucionalidade propiciou a proteção e garantia dos direitos fundamentais, como também uma melhor organização dos Estados.

O controle de constitucionalidade é o meio prático utilizado para efetivar a supremacia constitucional, de modo que é possível fiscalizar a (in) constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico. Além do mais, a partir deste meio pode-se delinear limites ao Poder Estatal, como também garantir o processo democrático num Estado de Direito.²⁹

O controle concentrado de constitucionalidade, também chamado de controle direto ou abstrato, surgiu com a Emenda Constitucional nº. 16, de 06 de dezembro de 1965, feita à Constituição Federal de 1946, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, que deve ser apresentada por meio do Procurador-Geral da República.

Nesse tipo de controle não há conflito de interesses entre as partes, o que se discute, na verdade, é a validade da lei no ordenamento jurídico vigente. Deste modo, Luís Roberto Barroso entende que:

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido ao seu caráter institucional – e não de defesa de interesses –, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição. Todavia, poderá servir, também, para a declaração pela corte constitucional da inconstitucionalidade de uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Lei Maior.³⁰

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado, por via principal, ser instrumentalizado em quatro ações específicas:

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (EC nº. 16/1965; art. 102, I, “a”, da Constituição e Lei nº. 9.868/1999);
2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (art. .. 103, § 2º da Constituição Federal de 1988 e capítulo 12-A a 12-H da Lei nº. 9.869/1999);

²⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 721.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 51-52.

3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (art. 102, § 1º, da Constituição Federal e Lei nº. 9.882/1999) e
4. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (EC nº. 03/1993; art. 102, I, “a”, da Constituição e arts. 13 a 21 da Lei nº. 9.868/1999).

Cumprе ressaltar que, conforme Walber Agra, uma vez proposta qualquer das ações do controle concentrado de constitucionalidade, não caberá desistência do pedido em respeito ao princípio da indisponibilidade.³¹

Consoante o art. 103 da Constituição Federal, os sujeitos que têm legitimidade para ajuizar no Supremo Tribunal Federal as ações do controle concentrado de constitucionalidade são:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB); VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Compete destacar que estes legitimados, antes de propor as referidas ações, devem preencher o requisito da pertinência temática, a qual é “definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”.³²

O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já têm essa pertinência temática presumida, de modo que não precisam comprová-la. Deste modo, as autoridades, Mesas e entidades aqui elencadas são denominadas legitimados universais.

Ainda sobre a pertinência temática, faz-se mister ressaltar que além dos legitimados universais, existem os legitimados especiais, ou seja, aqueles que prescindem de comprovação da pertinência temática no momento da propositura da ação. São estes: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Confederação Sindical e a Entidade de classe de âmbito nacional. Caso não haja tal comprovação, a ação pode não ser conhecida por ausência de legitimidade *ad causam*.³³

³¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 785.

³² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 760.

³³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 1097.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pela EC nº. 16/1965, posteriormente disciplinada no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988. Além disso, foi regulamentada pela Lei nº. 9.868/1999, como também nos arts. 169 a 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A ADI é utilizada para questionar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, desde que sejam pós-constitucionais. Neste sentido, Alexandre Moraes entende que:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.³⁴

As decisões prolatadas em ADI, em regra, possuem eficácia ex tunc, ou seja, a eficácia é retroativa, produzindo efeitos em situações anteriores à decisão prolatada; também têm efeitos erga omnes, que é oponível contra todos; e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único, Lei nº. 9.868/1999). O efeito vinculante não abrange os Poderes Executivo e Legislativo quando estão na função de legislar.

Não obstante, deve-se destacar que mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, com fulcro no art. 27 da Lei nº. 9.868/1999, os efeitos poderão ser ex nunc, ou seja, só serão produzidos a partir da data do trânsito em julgado da decisão, ou ainda, poderá haver a modulação temporal dos efeitos, na qual o Supremo Tribunal Federal pode estipular uma data para que a decisão produza seus efeitos. Ressalte-se que esta medida é adotada levando em consideração razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, devendo o STF deliberar pelo quórum mínimo necessário por maioria de dois terços de seus membros (oito Ministros).

Ademais, o art. 11, § 2º, da Lei nº. 9.868/1999, trata dos efeitos da medida cautelar em ADI: “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”. Isto é, caso não haja nenhuma ressalva, pode-se reconhecer a existência do efeito repristinatório.

³³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 763.

Sobre o efeito repristinatório, impende destacar o Recurso Especial nº. 517789 AL 2003/0048959-1, que teve como Relator o Ministro João Otávio de Noronha, o qual preconiza o seguinte:

4. Sendo nula e, portanto, desprovida de eficácia jurídica a lei inconstitucional, decorre daí que a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios, que irão atingir, inclusive, a cláusula de revogação, seja ela expressa ou implícita, a não ser que o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da medida.

5. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade **não se confunde com a repristinação** prevista no artigo 2º, § 3º, da LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, sequer há revogação no plano jurídico. (grifos nossos)

(STJ - REsp: 517789 AL 2003/0048959-1, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 08/06/2004, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2005 p. 236).

Face as considerações acima aduzidas acerca do controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação direta, oportuna mostra-se a análise das ADIs que tramitam no STF contra a instituição do RDC.

3.2. AS ADIS E ARGUMENTOS QUE QUESTIONAM A CONSTITUCIONALIDADE RDC E O SIGILO DO ORÇAMENTO PREVIAMENTE ESTIMADO

Atualmente, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal contra a constitucionalidade da Lei nº. 12.462/11, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A primeira ação ajuizada no STF é a ADI nº. 4.645/DF³⁵, proposta pelos seguintes partidos políticos: PSDB, DEM e PPS. A segunda é a ADI nº. 4655/DF³⁶, que tem como autor o procurador-geral da República, Roberto Gurgel. Esta ADI foi distribuída por prevenção para o Ministro Luiz Fux, já que foi ele quem recebeu a primeira ADI (ADI nº. 4.645/DF) ajuizada contra o RDC.³⁷

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.655/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em impugnação à Lei nº. 12.462/2011, de 05 de agosto de 2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

³⁷ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 457.

As duas ações têm basicamente o mesmo objeto. Elas apontam a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº. 12.462/2011, a começar da conversão da MP nº. 527/2011 em Lei, como também no que se refere à contratação integrada e à remuneração variável para obras e serviços públicos.

De acordo com o PGR, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas possui vício formal, pois a inclusão de matéria estranha à tratada na Medida Provisória nº. 527/2011 afronta o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes. O mesmo argumento é trazido pelos partidos políticos, pois justificam que houve abuso no poder de emendar por parte do deputado José Guimarães (PT/CE), relator da referida Medida Provisória, já que inicialmente ela não tratava sobre licitações e contratos públicos.

A priori, a Medida Provisória nº. 527/2011 dispunha apenas sobre a organização da Presidência da República e dos seus Ministérios, como também sobre a criação da Secretaria da Aviação Civil; a alteração da lei da ANAC e da Infraero; a criação de cargos em comissão e acerca da contratação de controladores de tráfego aéreo.

Neste diapasão, relevante transcrever um trecho da ADI nº. 4.645/DF, que condena a inclusão de matéria estranha à tratada inicialmente na MP nº. 527/2011:

Ao se sujeitar à possibilidade de sofrer emendas, as medidas provisórias sujeitam-se também aos mesmos limites e restrições que a estas se aplicam. E uma das restrições aplicáveis é a necessária pertinência lógica entre o objeto da emenda e o texto normativo emendado. As emendas não devem ter conteúdo estranho à proposição normativa a que se referem. Devem observar pertinência temática com o texto originário da medida provisória, uma vez que o Parlamento não pode se desviar dos temas que foram normatizados originalmente pelo presidente da República, sob pena de produzir alteração inconstitucional na proposição.³⁸

No que se refere à ADI nº. 4.645/DF, os partidos que propuseram a ação defendem que há violação dos arts. 22, XXVII e 37, XXI da Constituição Federal, que dispõem sobre a competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos administrativos, como também disciplinam a obrigatoriedade de licitação como princípio fundamental da Administração Pública.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&ti po=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

Ainda sobre as alegações dos partidos, segundo os fundamentos da ADI, a Lei do RDC não obedece aos princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

Outro argumento utilizado pelos partidos é que as inconstitucionalidades dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, preponderantemente aos seguintes artigos: o que delega ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável (art. 1º e 65 da Lei nº. 12.462/2011); o art. 6º, § 3º, que estabelece a presunção de sigilo do orçamento das obras; o art. 9º, que permite a contratação integrada para a realização de obras e serviços de engenharia; o art. 10, que estabelece remuneração variável para obras e serviços públicos e o art. 15, § 2º, que dispensa a publicação em diário oficial.³⁹

No tocante à inconstitucionalidade do sigilo do orçamento previamente estimado, cerne desta pesquisa, a ADI disciplina o seguinte:

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

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

[...]

O dever de motivação dos atos do Poder Público é de estatura constitucional, assim como o dever de transparência nas ações públicas. Mitigá-lo ou excepcioná-lo por lei ou outro ato normativo infraconstitucional viola a Constituição em vigor.⁴⁰

Não se pode olvidar que a constitucionalidade de muitos dispositivos é questionada em ambas ações, como também por alguns autores do Direito Administrativo, como já foi exposto em capítulo anterior. No entanto, é imprescindível destacar que até o final desta pesquisa, ambas ações estão pendentes de decisão cautelar quanto de mérito na Suprema Corte.

Sem embargo, deve-se destacar que o Tribunal de Contas da União (TCU), que até então sustentava a inconstitucionalidade do sigilo temporário de informações no RDC, ao apreciar o recurso interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, evoluiu no seu posicionamento e aprovou pela constitucionalidade desse dispositivo. Importante transcrever trecho de manifestação do TCU, a qual está contida no relatório do Acórdão nº. 1.312/2009 – Plenário:

³⁹ Todas as informações aqui descritas foram extraídas do inteiro teor das duas ADIs que tramitam na Suprema Corte contra a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPagina.do.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

Ocorre que, em uma primeira análise, a nomenclatura utilizada pelas Diretrizes (confidencialidade) deixa dúvidas quanto ao seu real alcance. Na ótica do BIRD, a referida cláusula tem por objetivo **coibir a interferência dos demais licitantes e de agentes externos na análise das propostas apresentadas.**

Dessa forma, a cláusula de confidencialidade apenas posterga a publicidade do processo de avaliação das propostas até um determinado momento que considera oportuno, qual seja, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor (outorga do contrato), mas, como observou a PGFN, **não impede a publicidade após esse ato.** (...)

Essa regra de procedimento não é imutável. **Basta o legislador ordinário definir ser outro o momento apropriado para conferir publicidade a um determinado assunto ou documento no processo licitatório para a respectiva norma ser alterada, sem violação da Constituição Federal.** Esse mesmo raciocínio é aplicável à "cláusula de confidencialidade" do Banco Mundial.⁴¹ **(grifo nosso)**

Neste ínterim, oportuno se mostra o Agravo de Instrumento que tramitou no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sob o nº. 00468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO, SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIFERENCIADA - RDC. CONSTRUÇÃO DO BRT DE NITEROI. OBRA NO ÂMBITO DO PROGRAMA PAC2, EIXO MOBILIDADE MÉDIAS CIDADES. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O EDITAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO DA LIMINAR PARA OBSTAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DECISÃO CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE INTEGRALMENTE SE MANTÉM. [...] 4. As agravantes insurgem-se contra as características técnicas do objeto licitado, incluídas no Edital do certame, **não havendo ilegalidade nas previsões relacionadas à limitação a duas empresas para a execução do serviço em conjunto; previsão do caráter sigiloso do orçamento do projeto; adoção de critérios de avaliação da proposta técnica, com base na experiência, dentre outras, pois não se afiguram aptas a frustrar a competitividade do certame.** (grifo nosso)

(TJ-RJ – Agravo de Instrumento nº. 00468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000, Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, Data de Julgamento: 25/11/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 01/12/2014 00:00).

Analisadas as ADIs que tramitam na Suprema Corte contra o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e o posicionamento do Tribunal de Contas da União acerca do tema em estudo, faz-se necessário considerar algumas

⁴¹ ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2920, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19444>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

licitações realizadas sob o RDC, como também o levantamento de dados do Governo Federal sobre estas, para que seja possível demonstrar a viabilidade do orçamento sigiloso, bem como sua constitucionalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 VIABILIDADE DAS LICITAÇÕES REALIZADAS PELO RDC UTILIZANDO O SIGILO DO ORÇAMENTO PREVIAMENTE ESTIMADO

Para o desenvolvimento deste tópico da pesquisa, foi realizada uma análise empírica de alguns editais e informações sobre as licitações realizadas por meio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas nos portais eletrônicos da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), como também do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e da VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Ressalte-se que esta pesquisa não abrange todos os custos financeiros que as referidas entidades têm com as licitações realizadas sob o Regime Diferenciado de Contratação, inclusive os custos administrativos, de materiais, como também de pessoal, visto que a análise aqui apresentada se refere apenas aos dispêndios financeiros e à duração dos procedimentos licitatórios para a contratação de obras e/ou serviços que são abrangidos pelo RDC.

Aqui se vislumbra analisar e demonstrar a eficiência referente à celeridade e economicidade dos procedimentos licitatórios regidos pelo RDC em relação aos certames regidos pela Lei nº. 8.666/1993.

Todas as informações que serão descritas foram colhidas em documentos e dados integralmente divulgados nos portais eletrônicos das entidades mencionadas, conseqüentemente, presume-se que todas essas informações sejam verdadeiras.

Desde a edição da Medida Provisória nº. 559, de 02 de março de 2012, posteriormente convertida na Lei nº. 12.688, de julho de 2012, que estendeu o campo de aplicação do RDC para as obras integrantes do PAC, o DNIT realizou 226 licitações nesta modalidade, sendo 184 na Sede e 42 nas Superintendências Regionais.

Das 226 licitações, 98 estão em andamento, nas suas diversas fases (análise de propostas de preços, análise de habilitação etc.); 109 foram homologadas; 12, revogadas; 2, fracassadas; 1, deserta; e 4, anuladas.

Percebe-se que um dos efeitos imediatos da implementação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi a redução dos prazos para conclusão dos certames. Costumeiramente, o DNIT levava, em média, 300 dias para concluir

uma licitação na modalidade concorrência, conforme a Lei nº. 8.666/1993, método tradicional de licitação.

Com a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, este prazo foi reduzido para 50 dias no RDC Eletrônico; 80 dias no RDC Presencial – nos regimes empreitada por preço global ou empreitada por preço unitário; e 120 dias para Contratação Integrada.

Deste modo, de acordo com o levantamento realizado, é notório que o RDC proporcionou um expressivo ganho de prazo em relação às licitações tradicionais. Do contrário, não seria possível, em um ano, realizar mais de 100 contratações de novas obras. (Dados atualizados até maio de 2015).⁴²

Consoante as informações obtidas no portal eletrônico do PAC, conforme o secretário do Programa, Maurício Muniz, os reflexos do RDC já podem ser observados nas obras do programa. Na opinião dele “Não conseguiríamos realizar a quantidade de contratos que temos na área de manutenção se não estivéssemos usando o RDC”. Com as licitações feitas pelo Regime, foram mais de 30 mil quilômetros de rodovias contratados para manutenção.

Na INFRAERO, antes da implementação do RDC, o procedimento de uma licitação tradicional tinha uma duração média de 120 dias. No novo modelo, a duração é entre 60 e 90 dias e representa 12% de economia.⁴³

Ademais, para que se verifique a viabilidade e (in) constitucionalidade do orçamento sigiloso, a título de ilustração, deve-se destacar alguns editais de licitação regulados pelo RDC que utilizam o sigilo do orçamento previamente estimado.

O Edital de Licitação nº. 0574/14-00, Processo nº. 50600.002609/2014-36, de 27/10/2014, pelo regime de empreitada por preço unitário, critério de julgamento menor preço, que tem como objeto a Contratação de Empresas para a Execução dos Serviços Técnicos Especializados de Gerenciamento do Programa de Ampliação de Capacidade da BR-101/NE nos Estados de Pernambuco, do Rio Grande do Norte e da Paraíba, contemplando os seguintes empreendimentos rodoviários: Arco da Região Metropolitana da Cidade do Recife/PE; Contorno de Abreu e Lima/PE; Obras Remanescentes do Lote nº 01 (BR-101/RN); Obras

⁴² BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Nota de Esclarecimento - DNIT realizou 226 licitações pelo RDC. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-dnit-realizou-226-licitacoes>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

⁴³ BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO – PAC. Entenda como funciona o RDC. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/noticia/564012e0>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Remanescentes do Lote nº 05 (BR-101/PB), Obras Remanescentes do Lote nº 06 (BR-101/PE) e Contorno (Travessia) de Recife/PE.⁴⁴

O orçamento previamente estimado pelo DNIT para esta licitação foi de R\$ 55.992.675,83 (cinquenta e cinco milhões, novecentos e noventa e dois mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos), que foi publicado ao final do certame.

O valor da licitação foi de R\$ 35.150.000,00 (trinta e cinco milhões, cento e cinquenta mil reais), resultando em uma economia de R\$ 20.842.675,83 (vinte milhões, oitocentos e quarenta e dois mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos), ou seja, a Administração Pública economizou um total 37,22% em relação ao orçamento previamente estimado.

Outro exemplo de licitação realizada pelo RDC é o Edital do RDC Eletrônico nº. 001/DALC/SBAR/2013 da INFRAERO. O seu objeto é a contratação de empresa para execução das obras e serviços de ampliação da pista de pouso e decolagem, implantação de pista de táxi e de área de teste de motores e restauração da pista de pouso e decolagem, pista de táxi e pátio de aeronaves do Aeroporto Santa Maria, Aracaju/SE.

A INFRAERO estimou previamente o orçamento desta contratação em R\$ 68.810.577,73 (sessenta e oito milhões, oitocentos e dez mil quinhentos e setenta e sete reais e setenta e três centavos), que foi divulgado no Ofício de Homologação do certame e Apresentação de Garantia Contratual.

O valor global desta licitação foi de R\$ 64.260.000,00 (sessenta e quatro milhões duzentos e sessenta mil reais). Deste modo, pode-se concluir que a Administração Pública economizou um total de R\$ 4.550, 577,73 (quatro milhões, quinhentos e cinquenta mil reais e setenta e três centavos), o que corresponde a aproximadamente 6,61% do valor previamente estimado.⁴⁵

⁴⁴ BRASIL. MINISTÉRIODOSTRANSPORTES. DEPARTAMENTONACIONALDEINFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Edital nº. 0574/14-00. Processo nº. 50600.002609/2014-36. Trata-se de Contratação de Empresas para a Execução dos Serviços Técnicos Especializados de Gerenciamento do Programa de Ampliação de Capacidade da BR-101/NE nos Estados de Pernambuco, do Rio Grande do Norte e da Paraíba, contemplando os seguintes empreendimentos rodoviários: Arco da Região Metropolitana da Cidade do Recife/PE; Contorno de Abreu e Lima/PE; Obras Remanescentes do Lote nº. 01 (BR-101/RN); Obras Remanescentes do Lote nº. 05 (BR-101/PB), Obras Remanescentes do Lote nº. 06 (BR-101/PE) e Contorno (Travessia) de Recife/PE. Disponível em: <<http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=4988>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

⁴⁵ BRASIL. SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Edital do RDC Eletrônico nº. 001/DALC/SBAR/2013. Disponível em: <http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalheLicitacao?idLicitacao=56415>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Quanto às licitações da VALEC realizadas sob o RDC, é imperioso destacar o Edital nº. 003/2012, que tem como objeto a contratação Integrada de Elaboração de Projeto Executivo e Execução de obras e serviços remanescentes necessários para complementar o trecho ferroviário compreendido entre o km 1.029,89 (Córrego Chicote/TO) e o km 1.294,00 (Pátio de Uruaçu/GO) da Ferrovia Norte-Sul, bem como manutenção do referido trecho.⁴⁶

Ao final da licitação, foi divulgado o orçamento previamente estimado pela Administração Pública, que consiste no valor de R\$ 120.272.929,05 (cento e vinte milhões, duzentos e setenta e dois mil, novecentos e vinte e nove reais e cinco centavos). O valor global do procedimento licitatório foi de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões), resultando numa economia de R\$ 272.929,05 (duzentos e setenta e dois mil, novecentos e vinte e nove reais e cinco centavos) aos cofres públicos.

Realizada esta análise de algumas das licitações regidas pelo RDC com o orçamento sigiloso, seja em obras do PAC, em obras aeroportuárias, como também ferroviárias, percebe-se que o orçamento sigiloso no RDC se mostra como uma alternativa mais vantajosa do que a prevista na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por ser mais célere e mais econômica à Administração Pública.

Percebe-se que a instituição do sigilo orçamentário do certame posterga a publicidade deste para o final da fase competitiva do procedimento licitatório, devendo-se frisar que a planilha do orçamento é acessível a todos os órgãos de controle, seja ele interno ou externo. Depois de finalizado o procedimento licitatório, os orçamentos estimados são divulgados em Diário Oficial juntamente com o valor global do certame.

Outrossim, apesar de esta alternativa oferecer benefícios à Administração Pública, ainda é oportuno consignar que toda atividade estatal apresenta riscos, podendo haver atraso na execução de obras e serviços, mas não se pode olvidar que caso esta situação ocorra nas licitações regidas pela Lei nº. 8.666/1993, tal execução será ainda mais demorada, gerando mais custos ao erário.

Conforme demonstrado alhures, é certo que não há como comprovar que o sigilo do orçamento previamente estimado irá impedir totalmente o conluio entre os participantes do certame, mas de certa forma este sigilo dificulta que isto aconteça.

⁴⁶ B BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Regime Diferenciado de Contratação – Edital nº. 003/2012. Disponível: <<http://www.valec.gov.br/Licitacoes/rdc00312.php>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Além do que, esta previsão faz com que a Administração Pública evite a elevação de preços nos procedimentos licitatórios, pois como preconiza o art. 24, da Lei nº. 12.462/2011, as propostas apresentadas pelos licitantes em valores superiores aos estipulados pelo Poder Público deverão ser desclassificadas, *verbis*:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;

IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis. (grifo nosso)

Isto posto, diante dos resultados dos procedimentos licitatórios realizados pelo RDC pode-se concluir pela constitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 12.462/2011, tendo em vista que o princípio da publicidade resta plenamente atendido, já que nesta prática a publicidade não é de todo mitigada, apenas pelo tempo necessário para que a Administração Pública possa conduzir um procedimento licitatório mais célere e econômico, respeitando, principalmente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Licitações têm o condão de moralizar as contratações da Administração Pública Direta e Indireta com os entes particulares. É por meio da Lei nº. 8.666/1993, instrumento que regula os procedimentos licitatórios e contratos administrativos, que a Administração Pública realiza os certames e obtém a proposta mais vantajosa para celebrar contratos.

O procedimento licitatório deve ser realizado de acordo com as regras da Constituição Federal, com as normas previstas na Lei nº. 8.666/1993, com o instrumento convocatório, bem como os princípios que norteiam as atividades da Administração Pública. Além disso, devem ser observados os princípios da isonomia, do julgamento objetivo, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, entre outros que regem as Licitações e Contratos Administrativos.

Deste modo, comparando o contexto histórico e socioeconômico do Brasil na época da promulgação da Lei nº. 8.666/1993 com a situação atual do país,

mais de vinte anos depois, é de se perceber que, algumas diretrizes desta Lei se tornaram obsoletas e burocráticas, uma vez que a tecnologia se aprimora a cada dia, e isso permite que o Brasil desenvolva métodos para melhorar sua infraestrutura devido à competitividade com o desenvolvimento socioeconômico e cultural de outros países.

Levando em consideração a escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e Paralimpíadas de 2016 e, tendo em vista as já conhecidas deficiências do país no que se refere à infraestrutura essencial e necessária para a realização de tais eventos, bem como a morosidade e ineficiência das contratações públicas, o Governo Federal adotou uma medida para mobilizar sua base parlamentar com o intento de ver aprovado um novo regime de licitações e contratos que pudesse ser mais célere, eficiente e econômico para o Poder Público.

Destarte, a Medida Provisória nº. 527/2011, posteriormente convertida na Lei Federal nº. 12.462, que foi promulgada em 04 de agosto de 2011, dispõe algumas regras que de certa forma flexibilizam o procedimento licitatório adotado pela Lei nº. 8.666/1993, pois essas normas visam a desburocratização dos trâmites, a redução de prazos, de custos, bem como agilizar as contratações públicas de forma eficiente.

Entre os dispositivos que integram o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) destacam-se aqueles que versam sobre a contratação integrada, a inversão de fases de habilitação e julgamento, a remuneração variável, e, principalmente, o sigilo do orçamento previamente estimado – objeto desta pesquisa –, sem olvidar o seu caráter provisório. A aplicação desse instituto, consoante o texto legal, afasta os ditames da Lei nº. 8.666/93, salvo quanto às hipóteses em que estão expressamente dispostas.

Entretanto, a instituição do RDC sofre algumas críticas acerca de sua constitucionalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente pelo modo como foi introduzido, como também acerca de algumas de suas disposições.

Aqui se vislumbra tratar, especificamente, acerca da constitucionalidade do orçamento sigiloso no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, analisando detalhadamente os argumentos que versam sobre sua (in) constitucionalidade.

Ante o exposto, diante da análise mais detalhada do método do sigilo do orçamento previamente estimado instituído pelo art. 6º e § 3º do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, é perceptível que o dispositivo não fere o princípio da publicidade e transparência, tendo em vista que a mitigação da publicidade só dura até o final do procedimento licitatório. Além disso,

o orçamento fica disponível para os órgãos de controle em todas as fases do certame.

O argumento utilizado pelo Legislador para instituir essa ferramenta no Regime Diferenciado de Contratação é para evitar a formação de cartel entre os licitantes, fraudes nas licitações e os elevados preços dos procedimentos licitatórios. Ressalte-se, por oportuno, que além disso, se buscou ganhar em economicidade e moralidade na seara das licitações e contratações públicas, sem, contudo, extinguir o cerne essencial da publicidade.

O orçamento sigiloso não aparece como uma inovação no RDC, já que este mecanismo também é adotado na modalidade licitatória do pregão (Lei 10.520, de 17 e julho de 2002). Ademais, o sigilo do orçamento é recomendado em regras editadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como também o TCU já entendeu pela constitucionalidade da prática, pois esta coíbe a interferência dos demais licitantes e de agentes externos na análise das propostas apresentadas, dando publicidade ao orçamento em momento oportuno.

Assim, tendo como base a análise de algumas das licitações regidas pelo RDC com o orçamento sigiloso nas obras do PAC, em obras aeroportuárias e ferroviárias, compete destacar que o sigilo no RDC se mostra como uma alternativa mais vantajosa do que a prevista na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por conferir celeridade e economicidade à Administração Pública.

É cediço que não há como comprovar efetivamente que o sigilo orçamentário previamente estimado irá impedir totalmente a combinação de preços entre os participantes do certame, mas de certa forma este sigilo dificulta que esta prática ocorra.

Na realidade, aqui não se pretende encontrar um desfecho para a discussão, visto que se deve aguardar pela posição do Supremo Tribunal Federal acerca do dispositivo que trata do sigilo do orçamento previamente estimado nas licitações regidas pelo RDC, nas ADIs que tramitam contra a instituição do Regime Diferenciado.

No entanto, opta-se por defender a constitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 12.462/2011, considerando que o princípio da publicidade resta plenamente atendido, já que nesta prática a publicidade não é de todo mitigada, é apenas postergada até o momento necessário para que o Poder Público possa conduzir um procedimento licitatório mais célere e econômico, respeitando, principalmente, o princípio da supremacia do interesse público.

Por conseguinte, é necessário que os estudiosos do direito abordem ainda mais acerca da temática aqui discutida, com o intento de evitar interpretações equivocadas e possibilitar a abrangência do princípio da eficiência no Poder Público, pois não há óbices de que a moralidade administrativa e a efetiva e rigorosa fiscalização são instrumentos indispensáveis ao sucesso das atividades da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

Livros

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A Publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/2011; Decreto nº. 7.581/2011): aspectos fundamentais. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HEINEN, Juliano. Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº. 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Artigos

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2920, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19444>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Nota de Esclarecimento - DNIT realizou 226 licitações pelo RDC. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-dnit-realizou-226-licitacoes>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº. 58, dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3152, 17 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Negotiauction e o Orçamento Sigiloso. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes

em contratações públicas. Fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/compe%20tition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº. 12.462, de 2011. Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. Agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoespublicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

RIBEIRO, Romiro. O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Disponível em: <<http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcanhar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. XVI Prêmio Tesouro Nacional – 2011. Tema II: Economia e Contabilidade do Setor Público. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Portal Eletrônico da Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas. Disponível em: <<http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Oficina-38-Semana-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

Legislação

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, Distrito Federal: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

_____. Decreto nº. 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 2011. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 jan. 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

_____. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

_____. Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

_____. Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 19 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

_____. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até setembro de 2015]. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). REsp: 517.789/AL 2003/0048959-1, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 08/06/2004, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2005 p. 236.

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7225461/recurso-especial-resp-517789-al-2003-0048959-1-stj>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.645/DF. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra Lei nº. 12.462/2011, que resulta da conversão da MP 527/2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº. 4.655/DF. Ação Direita de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em impugnação à Lei nº. 12.462/2011, de 05 de agosto de 2011. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=T P&descricao=ADI%2F4655>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJ/RJ). Agravo de Instrumento nº. 00468858220148190000 RJ 0046885-82.2014.8.19.0000. Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro/RJ, 2014. Data de Julgamento: 25/11/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 01/12/2014 00:00. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156814291/agravo-de-instrumento-ai-468858220148190000-rj-0046885-8220148190000>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

Editais de Licitação

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Edital nº. 0574/14-00. Processo nº. 50600.002609/2014-36. Trata-se de Contratação de Empresas para a Execução dos Serviços Técnicos Especializados de Gerenciamento do Programa de Ampliação de Capacidade da BR-101/NE nos Estados de Pernambuco, do Rio Grande do Norte e da Paraíba, contemplando os seguintes empreendimentos rodoviários: Arco da Região Metropolitana da Cidade do Recife/PE; Contorno de Abreu e Lima/PE; Obras Remanescentes do Lote nº. 01 (BR-101/RN); Obras Remanescentes do Lote nº. 05 (BR-101/PB), Obras Remanescentes do Lote nº. 06 (BR-101/PE) e Contorno (Travessia) de Recife/PE. Disponível em: <<http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/resumo.asp?NUMIDEdital=4988>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

_____. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Regime Diferenciado de Contratação – Edital n°. 003/2012. Disponível: <<http://www.valec.gov.br/Licitacoes/rdc00312.php>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.

_____. SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Edital do RDC Eletrônico n°. 001/DALC/SBAR/2013. Disponível em: <[http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalheLicitacao?idLicitacao=56415](http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalheLicitaacao?idLicitacao=56415)>. Acesso em: 04 de dezembro de 2015.