

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016  
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C**

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &  
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.  
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

## Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

*A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

# Da Lei Geral de Licitações ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas: um estudo sobre a modalidade e contratação integrada

## **Josué Mastrodi**

Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas – SP, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (São Paulo – SP, Brasil). *E-mail:* <mastrodi@puc-campinas.edu.br>.

## **Juliana Simões de Souza**

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas – SP, Brasil). Advogada em Campinas. *E-mail:* <drajulianasimoes@gmail.com>.

---

**Resumo:** Em consequência da constante morosidade inerente às licitações públicas na modalidade concorrência, em decorrência de sua enorme burocracia, o Governo Federal, por força dos eventos esportivos a serem realizados no Brasil entre 2014 e 2016, procurou flexibilizar a Lei Geral de Licitações e gerar celeridade nas contratações de obras necessárias à promoção desses eventos esportivos. Criou-se, assim, pela Lei nº 12.462/2011, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Nosso objetivo, neste trabalho, é analisar alguns pontos críticos do RDC desde a sua confecção original, por meio da Medida Provisória nº 527/2011, até seus preceitos normativos inovadores e, a nosso ver, temerários, quais sejam a contratação integrada e o sigilo orçamentário constantes da nova lei, abordando a importância do poder-dever da Administração Pública no ato de fiscalizar.

**Palavras-chave:** Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Licitações. Contratação integrada. Sigilo do orçamento. Direito administrativo.

**Sumário:** Introdução – **1** Breve histórico – **2** O *contrabando* legislativo das medidas provisórias – **3** A contratação integrada – **4** O sigilo do orçamento – **5** Considerações finais – Referências

---

## Introdução

Temos, como objeto de estudo principal deste trabalho, a análise do processo de contratação e o gerenciamento de obras e serviços de engenharia do setor público, previstos na Lei nº 12.462/2011, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), objeto da conversão da Medida Provisória nº 527/2011.

Essa nova legislação teve por finalidade tornar o procedimento licitatório da concorrência mais célere, em consonância com a busca pela eficiência e

economicidade, de modo a obter mais vantagens à Administração Pública. Nosso objetivo, portanto, é destacar as principais inovações desse novo regime de licitações públicas para evidenciar algumas críticas e polêmicas relacionadas com o RDC.

Este artigo está dividido em quatro partes. A primeira destina-se a tratar da Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos, abordando de maneira concisa a sua relevância desde a época de sua edição e os motivos que desencadearam a necessidade de o legislador buscar alternativas de aprimoramento. Na segunda parte há uma reflexão a respeito do vício formal presente na inclusão da emenda parlamentar para a aprovação do RDC sem pertinência temática com a proposta inicialmente encaminhada pelo Poder Executivo, e suas inconstitucionalidades formais, como a ausência dos requisitos de urgência e relevância para sua criação por meio de medida provisória, o que caracteriza abuso do poder de emendar.

Na terceira e quarta partes serão discutidos os dois pontos mais críticos do RDC, a contratação integrada e o sigilo orçamentário.

A contratação integrada consiste em um contrato para realização de obras e serviços de engenharia, em que o licitante é responsável por todo o processo do certame, a elaboração do projeto básico, sua execução e entrega final, baseando-se apenas em um anteprojeto apresentado pela Administração Pública. Procedimento este que contraria o princípio da isonomia, o que vai na contramão dos próprios objetivos da Lei do RDC, conforme o seu art. 1º, §1º, I e IV.<sup>1</sup>

Afinal, quando se permite que a própria pessoa, contratada para executar o objeto principal, o execute conforme um projeto básico apresentado por ela mesma e não pela Administração, até que ponto não haverá violação aos princípios da isonomia e da universalidade de competidores, já que essa modalidade licitatória não é realizada com base em um único e mesmo projeto para todos os concorrentes?

Essa questão, embora restrita ao RDC, torna-se ainda mais relevante porque tramita no Senado o Projeto de Lei nº 559/2013, que se aprovado revogará a Lei nº 8.666/1993 para se tornar a nova Lei Geral de Licitações, em cujo texto está prevista a ampliação da contratação integrada para todas as obras públicas do país, ignorando o que nos parece ser uma tremenda afronta aos princípios da isonomia e da universalidade de competidores. Ou seja, embora ainda restrita ao RDC, mas com chances de se tornar regra geral caso o PL nº 559 seja aprovado, tratamos aqui de uma modalidade licitatória que, a nosso ver, não condiz com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que prescreve expressamente a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Além disso, há o poder-dever da Administração Pública quanto ao seu efetivo exercício fiscalizatório, primordial para a consecução dos fins de uma gestão pública

<sup>1</sup> Art. 1º, §1º, I e IV: “O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; [...] IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”.

eficiente, de forma a preservar a supremacia do interesse público que, no caso da contratação integrada prevista no RDC, é simplesmente entregue ao próprio executor do projeto. Seria adequado entregar a fiscalização pública da obra ao próprio particular, para que ele próprio fiscalize a si mesmo? Parece-nos que essa resposta, ao contrário do que prevê o RDC, deveria ser respondida negativamente.

O último ponto do RDC a ser aqui abordado, o sigilo orçamentário, ainda que apresentado como um corolário do princípio da eficiência, parece não trazer os benefícios para os quais foi criado e, nesse sentido, por ineficiente, não só perde seu sentido como também se apresenta em total afronta ao princípio da publicidade.

## 1 Breve histórico

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro em 1862, porém apenas com a Constituição de 1988 constata-se avanços na institucionalização e na democratização da Administração Pública, recebendo a licitação *status* de princípio constitucional, vinculando-a aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. A vigente Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666) foi editada há pouco mais de 20 anos, em 1993, trazendo intensa *formalidade* e disciplina para diversas modalidades de contratações públicas, destinando-se a garantir a proposta mais vantajosa para a Administração e a manter o princípio da isonomia entre os competidores, observando-se a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Há tempos discute-se a necessidade de atualizações da vintenária Lei Geral de Licitações, principalmente no que diz respeito à morosidade e alto custo do procedimento licitatório, como pondera Maria de Carvalho Pereira:

[...] a lei é bastante minuciosa e formalista, o que acabou tornando o processo licitatório burocrático, lento e muito caro. E os custos não são altos apenas para a Administração, que gasta tempo e dinheiro na preparação das licitações, mas também para o particular que pretende contratar com o Poder Público, porque, em verdadeira via-crúcis, tem a obrigação de obter documentos e certidões que comprovem sua regularidade fiscal, jurídica e econômica. Além disso, não se pode esquecer das dificuldades inerentes à comprovação da qualificação técnica, assim como do atendimento às exigências preconizadas no art. 7º da Constituição da República.<sup>2</sup>

Com a indicação do Brasil, em 2007, para sediar competições esportivas internacionais, e mediante a alegação da necessidade de modernização da infraestrutura

<sup>2</sup> PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. A nova principiologia do direito administrativo e o projeto da nova Lei de Licitações. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Licitações e contratos: aspectos relevantes*. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 162.

para receber tais eventos esportivos, os pensamentos voltaram-se novamente para alterações na referida Lei. Ressalte-se, porém, que apenas em 2011 manifestou-se uma preocupação dos governantes quanto à necessidade de cumprimento de prazos para a realização das obras necessárias para a Copa das Confederações de Futebol (2013), a Copa do Mundo de Futebol (2014), e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016). Sendo assim, em caráter de urgência, buscando mais celeridade e menos burocracia, foi promulgada em 4.8.2011 a Lei nº 12.462, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, procedente da Medida Provisória (MP) nº 527/2011,<sup>3</sup> limitada a obras e serviços de engenharia exclusiva e diretamente relacionados à realização desses eventos esportivos.

## 2 O *contrabando* legislativo das medidas provisórias

Importante salientar que a referida MP limitava-se a criar a Secretaria da Aviação Civil, a promover alterações no Poder Executivo Federal, na legislação da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) e da Infraero (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária), bem como autorizar a prorrogação de contratos temporários para as funções relacionadas ao controle de tráfego aéreo. Aproveitando-se da MP em tramitação, incluiu-se em seu texto o Regime Diferenciado de Contratações. O Poder Executivo Federal, como afirma Rezende, decidiu pela “via rápida do processo legislativo das medidas provisórias, convencendo sua base congressual a inserir no texto da MPV [sic] nº 527, de 2011, a nova regulação das licitações e contratos para os mencionados eventos desportivos”.<sup>4</sup>

Ao ser enviado à Câmara dos Deputados, o texto com a nova redação da MP ainda sofreu emendas, de modo a estender a possibilidade do RDC a todos os aeroportos das capitais distantes em até 350 km das cidades-sede da Copa do Mundo.

Depreende-se, portanto, uma grande rapidez na expansão do alcance da Lei do RDC, e, aproveitando-se das circunstâncias emergenciais que ensejaram a MP nº 527/2011, o Poder Executivo tratou de inserir emendas para o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC – por meio da MP nº 559/2012 (que foi convertida em Lei nº 12.688/12), bem como das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS – por meio da MP nº 580/2012 (convertida em Lei nº 12.745/12), e Sistemas Públicos de Ensino pela MP nº 570/2012 (Lei nº 12.722/12), e mais recentemente para as obras de presídios mediante MP nº 630/2013, convertida na Lei 12.980/14, que pretendia generalizar a aplicação

<sup>3</sup> Redação original da MP nº 527 (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/Mpv/527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/Mpv/527.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2014).

<sup>4</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 de 2011. *Senado Federal*, ago. 2011. p. 6. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242410>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

do RDC a todas as licitações e contratos da União, estados, Distrito Federal e municípios, tornando regra o que era para ser exceção, mas limitou sua expansão para os estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (para crianças e adolescentes).

Em todos esses casos, a Lei Geral das Licitações foi substituída por um regime simplificado em certas situações por meio de um *contrabando* legislativo, ou seja, uma emenda contendo tais disposições normativas a um texto normativo anterior cujo tema não possuía qualquer relação material com o que lhe foi emendado.

Haja vista, como pontuam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a medida provisória pode ser emendada no Congresso, não mais subsistindo o veto que havia no regime do decreto-lei, porém sob pena de indeferimento, as emendas apresentadas devem preservar pertinência temática com o objeto da medida provisória.<sup>5</sup>

No presente caso, não havia pertinência temática,<sup>6</sup> e ainda assim não houve indeferimento. Cabe ressaltar que a edição de medidas provisórias é privativa do Poder Executivo (art. 62, *caput* da CRFB/88) e suas matérias somente podem versar sobre medidas urgentes na omissão de projetos de lei pelo Poder Legislativo.

Nos dizeres do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>7</sup> as medidas provisórias não são uma alternativa aberta ao Executivo que permita obter a regulação das matérias de modo a menosprezar o procedimento normal do Legislativo. Por serem excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perderem a eficácia desde o início e cabíveis apenas ante questões relevantes que requeiram provimento urgente, é evidente que deveriam ser expedidas apenas mediante situação grave que necessitasse de providências imediatas, e ainda se a natureza da medida tiver compatibilidade com a fragilidade inerente ao seu caráter provisório.

No que se refere ao tempo para as providências necessárias, o anúncio pela Fifa como sede da Copa do Mundo 2014 ocorreu em 30.10.2007, ou seja, com sete anos de antecedência, período que afugenta o caráter urgente e relevante de uma medida provisória. Nota-se, portanto, uma clara violação do poder de emendar, assim como uma sorradeira intenção de aproveitar-se de uma *urgência fabricada*<sup>8</sup> por absoluta falta de organização e planejamento.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 908-909.

<sup>6</sup> A Lei Complementar nº 95/98 que regulamenta o art. 59 da Constituição, veda expressamente os contrabandos legislativos em seu art. 7º: “II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 134.

<sup>8</sup> Para o Senador Randolfe Rodrigues, os requisitos de relevância e urgência foram fabricados, pois há tempos o Brasil sabia que seria sede dos eventos esportivos (RANDOLFE Rodrigues diz que relevância e urgência foram ‘fabricadas’. *Senado Federal*, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/07/06/randolfe-rodrigues-diz-que-relevancia-e-urgencia-foram-fabricadas>>. Acesso em: 15 jun. 2014).

Sendo assim, é razoável entender que houve tempo suficiente para que o RDC fosse apresentado como projeto de lei, ou até mesmo para que fossem realizadas as licitações para as obras dentro dos próprios trâmites da Lei nº 8.666/93, sem necessidade dos atalhos e *contrabandos* que visaram à simplificação dos procedimentos licitatórios, e em respeito ao processo legislativo em prol da cidadania.

Por esta perspectiva, Marco Aurélio Marrafon<sup>9</sup> salienta que o fato ganha relevância quanto à inconstitucionalidade, uma vez que apenas o Poder Executivo tem a prerrogativa de instaurar processo legislativo anômalo de MP, que possui prazos e bloqueiam a pauta do Parlamento. Os *contrabandos* geram insegurança jurídica, pois pegam carona em processo legislativo especial em rito que não está previsto na Constituição, violando assim o princípio da legalidade, que impõe que ela seja clara para que os cidadãos não aleguem ignorância. A rapidez do rito da medida provisória viola o direito subjetivo dos parlamentares de participar dos debates, requerer audiências públicas e levar o tema para a análise de comissões temáticas, sufocando o clamor das minorias da oposição e daqueles que poderiam se insurgir contra a introdução clandestina da matéria em prejuízo da democracia.

A princípio, pode-se insurgir o seguinte questionamento: se a MP é votada pelo mesmo Congresso Nacional para conversão em lei, qual o problema de o tema ser proposto por meio de MP em vez de projeto de lei?

O poder constituinte originário determina que o processo legislativo ordinário passe por cada Casa Parlamentar, e seu trâmite depende da análise das comissões temáticas, de modo a propiciar amplo debate da sociedade. Ora, as regras constitucionais do processo legislativo são vinculantes aos órgãos legislativos, o que significa que não podem ser criados outros tipos de rito, pois seu regimento deve obedecer à Lei Maior.

Vale ressaltar que, no processo legislativo para aprovação de um projeto de lei, cabe a discussão da matéria e exposição de emendas. Já na aprovação de medidas provisórias, estas são apreciadas em caráter de urgência por chegarem ao Senado com o prazo exaurido (45 dias), sem a possibilidade de alteração e apresentação de emendas.

Ainda sob pendente análise, tramitam no STF as ADIs nº 4.645 e nº 4.655,<sup>10</sup> ajuizadas respectivamente por partidos políticos (DEM, PPS e PSDB) e pelo Procurador-Geral da República, com pedido de medida cautelar contra a Lei nº 12.462/11, alegando inconstitucionalidade formal por impertinência temática com a matéria,

<sup>9</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 5 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-05/constituicao-poder-contrabando-anistia-planos-saude-inconstitucional>>. Acesso em: 15 out. 2014.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações diretas de inconstitucionalidade nºs 4.645 e 4.655. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 out. 2014.

bem como o ferimento aos princípios da publicidade e moralidade administrativa. Marco Aurélio Marrafon<sup>11</sup> explica que geralmente não compete ao Supremo Tribunal Federal analisar o descumprimento das normas regimentais cometido pelo Congresso Nacional, considerando a valorização do espaço político e a observação das questões *interna corporis*. Todavia, a Constituição da República é vinculante, e o STF deve obstar a violação ao devido processo legislativo, e a competência do Poder Executivo na edição e delimitação dos conteúdos de relevância e urgência, que não admitem interpretação extensiva devido à sua excepcionalidade.

Ainda tramita, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 559/13, que traz uma nova legislação sobre licitações e contratos administrativos com a pretensão de consolidar as inovações advindas de leis específicas, como a Lei do Pregão e a Lei do RDC. Tal proposta prevê atualizar e modernizar a Lei Geral de Licitações nº 8.666/93, que revogaria o Regime Diferenciado de Contratações, mas na prática instituiria como definitiva, em seus arts. 5º, XVI, e 76, §1º,<sup>12</sup> a *contratação integrada*, ponto primordial – e um dos mais polêmicos – do RDC, em que a Administração Pública pode licitar obras baseando-se apenas em anteprojetos, a partir dos quais os concorrentes devem apresentar seus projetos, de um jeito que cada concorrente considera adequado para cumprir as regras gerais previstas no anteprojeto, cada um diferente dos demais, muito provavelmente sem parâmetros objetivos para comparação, o que em tese prejudica a concorrência por afrontar o princípio constitucional da isonomia: como comparar projetos que não guardam relações diretas entre si? Como decidir pela obra de menor preço, se cada proposta comercial tiver por base seu projeto singular e não um único projeto previsto pela Administração Pública?

Certamente há de se considerar relevantes as mudanças que venham proporcionar desburocratização e melhorias propostas sem prejuízo à qualidade do resultado final, porém tampouco se podem ignorar as exigências constitucionais referentes ao processo legislativo.

### 3 A contratação integrada

A grande *novidade* da Lei nº 12.462/2011, prevista em seu art. 9º, a ser ressaltada neste trabalho, é a contratação integrada, podendo ser utilizada no caso exclusivo de obras e serviços de engenharia, desde que justificada técnica e economicamente, em que o participante da licitação deverá ofertar proposta para a completa e integral execução da obra, o que lhe permite fiscalizar a adequação da construção ao projeto que ele próprio apresentou.

<sup>11</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 5 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-05/constituicao-poder-contrabando-anistia-planos-saude-inconstitucional>>. Acesso em: 15 out. 2014.

<sup>12</sup> SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143724&tp=1>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

O RDC determina que cada concorrente apresente uma proposta técnica em que sejam contemplados o projeto e a execução, de modo que o vencedor da licitação responsabiliza-se tanto pelo projeto básico quanto pelo executivo, o que compreende a execução da obra, montagens, instalações, equipamentos, testes de funcionamento, enfim, todos os procedimentos necessários para que a obra seja entregue totalmente pronta e devidamente acabada para a utilização a qual se destina, tendo por base padrões mínimos estabelecidos no anteprojeto apresentado pela Administração.

A questão relevante é avaliar a plausibilidade de uma única pessoa responsabilizar-se por todo o processo, uma vez que os concorrentes não serão avaliados pela execução de uma mesma obra, já que cada um apresentará a proposta para uma obra a ser realizada conforme o próprio projeto. De fato, todos os projetos foram baseados no anteprojeto apresentado pela Administração. Mas não há nenhuma relação direta entre os projetos apresentados, cada um com suas singularidades, cada um com seus parâmetros técnicos, cada um com seu preço, estipulado de acordo com o projeto que pouca relação possui com os demais projetos apresentados. Este fato contraria os princípios da isonomia e da igualdade de competição, tornando arbitrária a escolha do vencedor, já que cada proponente compete para realização de obras que só guardam relação direta com o projeto que apresentou.

Diverge, portanto, da Lei Geral, como disposto em seu art. 9º, §1º, em que são necessárias licitações distintas para o projeto e para a execução, e em que é vedado que mesma pessoa vença as duas, justamente para que haja controle da obra e dos serviços de engenharia.<sup>13</sup>

Tal *inovação* faz com que a Administração Pública seja responsável apenas pela elaboração e disponibilização do anteprojeto, que estabelece ponderações mínimas para a especificação do objeto, dando margem a uma maior autonomia ao particular, eximindo-se, portanto, de estabelecer critérios específicos de execução, que passa a ser ônus do contratado, o que conseqüentemente obsta a importante função da Administração de fiscalizar a execução do projeto.

Com a ausência do projeto básico, que fornece elementos necessários, suficientes e precisos sobre a obra que deve ser contratada, a Administração Pública fica impossibilitada de planejar a contratação de acordo com a necessidade e objetivos a serem concretamente alcançados: o anteprojeto formulado pela Administração indica sua necessidade e objetivos, e o projeto básico é apresentado pelo licitante como sua solução para o integral atendimento da necessidade e dos objetivos expostos pela Administração, que será executado, no RDC, pelo mesmo contratado que o formulou.

Nesse contexto, corre-se também o risco de os licitantes ficarem sem acesso às minúcias e informações necessárias a uma elaboração concreta e competitiva da

<sup>13</sup> Redação original da Lei nº 8.666/93.

proposta. O projeto básico é e sempre foi imprescindível na Lei nº 8.666/93, uma vez que objetiva um planejamento calcado em estudos técnicos, a fim de orientar e fornecer parâmetros aos licitantes que assegurem viabilidade técnica e econômica, permitindo-lhes apresentar um projeto cujo planejamento atenda às necessidades e aos anseios da Administração, além de possibilitar critérios para aferição do desempenho do contratado.

Anteprojetos, croquis ou projeto executivo não substituem o projeto básico na instrução necessária da fase interna do procedimento licitatório ou da contratação direta. Sua ausência ou insuficiência, a par de desatender a expresso requisito legal, cria um déficit de clareza, objetividade e avaliação de custos, fatores que determinam não só os recursos suficientes para a cobertura das despesas e a correta formulação das propostas, mas a harmonia da atuação administrativa com os princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência.

A verificação de que a execução da obra ou a prestação do serviço não se desenvolve de acordo com as condições estipuladas no projeto básico poderá motivar sua paralisação, tanto pela fiscalização do contrato como pelas ações de controle. Tal o foco do Acórdão nº 307/06, Plenário, do Tribunal de Contas da União.<sup>14</sup>

No entanto, a Lei nº 12.462/2011, neste ponto, não inovou como parece, apresentando similaridade em sua sistemática com os critérios licitatórios previstos para os contratos de concessão,<sup>15</sup> e também com o regulamento de procedimento licitatório simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24.8.1998,<sup>16</sup> e que estabelece:

1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

Por fim, a Lei nº 12.980/14 altera a redação do art. 9º da Lei do RDC para prever a opção pela contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada, e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (i) inovação tecnológica ou técnica; (ii) possibilidade de execução com diferentes

<sup>14</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Rastelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Rastelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC – O “Padrão FIFA” é legítimo?. *FCGP – Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 21-43, set. 2013. p. 39.

<sup>15</sup> Lei nº 8.987/95, art. 18, XV (Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm). Acesso em: 16 set. 2014).

<sup>16</sup> O referido decreto foi editado com base em delegação promovida pelo art. 67 da Lei nº 9.478, de 6..8.1997.

tecnologias; ou (iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Marçal Justen Filho enfatiza a importância de uma prévia estimativa de custos, como condição indispensável para que a contratação integrada seja a opção mais acertada, considerando seu orçamento em vista dos demais regimes, de empreitada por preço global e empreitada integral. E conclui:

Não se pode adotar a contratação integrada sem existir uma evidência de ser essa a solução economicamente mais vantajosa. Se as estimativas indicarem que o preço será menor para o mesmo objeto, e que há viabilidade de elaborar o projeto básico desde logo, deve ser adotada uma empreitada integral. Nessas circunstâncias, existirá vedação a que se prefira a contratação integrada.<sup>17</sup>

Ressalte-se que o edital que tenha como finalidade a contratação integrada nos moldes que vêm sendo apresentados, será elaborado sem bases em orçamento detalhado, uma vez que o projeto básico será inexistente nesta etapa do processo, sendo o cálculo baseado em uma estimativa de valor da contratação, pois os custos dependem da identificação dos serviços, materiais, com um mínimo de especificações sobre a forma de execução do objeto, podendo acarretar uma instabilidade na relação contratual com prejuízo ao erário.

### 3.1 O poder-dever da Administração Pública na fiscalização e execução dos contratos

O poder-dever da Administração Pública na fiscalização da execução de seus contratos é atividade inerente à sua própria função. Ensina Marçal Justen Filho,<sup>18</sup> ao tratar dos contratos administrativos a serem celebrados nos termos da Lei nº 8.666/1993, que o regime de direito administrativo atribui à Administração o poder-dever da fiscalização da execução do contrato (art. 58, III), competindo a ela designar um agente próprio para o acompanhamento direto da atividade do outro contratante. Tal dispositivo deve ser entendido no sentido de que a fiscalização pela Administração se trata de um dever, a ser exercitado para melhor realizar o interesse público. Parte-se do princípio de que esta induz o contratado a executar os deveres a ele designados de modo mais perfeito e em conformidade com o esperado.

No entanto, a fiscalização por parte da Administração Pública é essencial ao direito de exercício da cidadania, e de extrema importância para a consolidação de

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 197.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1061.

uma gestão pública eficiente, ou seja, aquela que não somente respeite os interesses do Estado propriamente dito, mas que satisfaça integralmente os interesses da coletividade que representa, que ficaria à margem desse processo, sem qualquer tipo de acompanhamento e controle. É a partir dessa fiscalização que os cidadãos são capazes de acessar informações por meio de portais de transparência, munindo-se de condições efetivas para acompanhar, questionar e denunciar qualquer irregularidade cometida pelo contratado ou pela própria Administração, direito assegurado constitucionalmente. Isso sem contar que o dever de publicidade (transparência) é fundamental para que os órgãos responsáveis por fiscalização, em especial os Tribunais de Contas e o Ministério Público, possam exercer adequadamente suas funções.

Na fase de julgamento das propostas, estas deverão estar em conformidade com os requisitos mínimos de qualidade estipulados no edital. Cada concorrente apresenta seu próprio projeto, sendo considerado pela Administração o preço final da obra como determinante para a classificação em comparação com o preço previamente estimado. Portanto, é dever da Administração cercar-se de todos os cuidados para que o edital seja elaborado de forma clara, adequada e satisfatória, de modo a não restar dúvidas quanto às condições exigidas pela contratação, o que fica comprometido devido à ausência do projeto básico. Com base apenas no anteprojeto, como poderá a Administração, diante de propostas diferentes, calcadas em projetos distintos, estabelecer um julgamento justo e preciso – isonômico – que atenda às qualificações necessárias? O simples julgamento pelo preço mais vantajoso e o atendimento aos requisitos mínimos de qualidade, sem a posse do projeto básico, comprometem o cumprimento dos princípios da isonomia e da universalidade de competidores (e também do poder fiscalizatório, transferindo-o ao licitante, algo que será visto a seguir).

Como explana Juliano Heinen,<sup>19</sup> a transferência ao particular do dever de realizar o projeto básico subtrai do Poder Público o planejamento da execução do objeto contratado, dificultando um julgamento objetivo, uma vez que os parâmetros específicos da obra a ser desenvolvida serão tarefa do futuro contratado. Sob esse prisma, haverá um grande e perigoso lastro de liberalidade em favor do particular, pois a ausência do projeto básico deixa o fornecedor imune a entregar um objeto cujas dimensões e especificações não estão devidamente delimitadas, correndo-se o risco de a Administração receber uma prestação que não coaduna com o interesse público. Com isso, diante da ausência do projeto básico, o Poder Público ficou sem a oportunidade de, ele próprio, planejar e definir a obra pública com precisão, pois não terá a compreensão exata e prévia do que ele realmente anseia receber.

<sup>19</sup> HEINEN, Juliano. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações – Lei nº 12.462/11. *Revista de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, v. 145, 2014. p. 42.

Entende-se que a fiscalização concreta de todos os contratos assinados pela Administração Pública é necessária para que se possa certificar e garantir que o objeto do contrato seja executado conforme a previsão contratual e editalícia, garantindo sua qualidade e durabilidade, e que todas as obrigações sejam cumpridas a contento e no tempo devido. Visto que, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público, há o dever de evitar o desperdício de recursos mediante a identificação e a correção de eventuais irregularidades porventura ocorridas, bem como de prestar contas perante a sociedade em prol do dever de transparência, e em tempo de não causar prejuízo ao erário, e ainda a própria Administração ter que arcar com as consequências de obras inacabadas ou paralisadas.

Diante da mitigação do poder de fiscalizar, como autoriza não só o RDC, por seu art. 9º, §1º, mas também a futura Lei Geral de Licitações, na forma da redação prevista no art. 5º, XVI, do Projeto de Lei nº 559/2013, pode-se dizer que ocorre a transferência do dever fiscalizatório para o próprio empresário contratado fiscalizar a obra que ele mesmo realiza, contratado este que possui interesse direto na execução ou inexecução do serviço contratado. Tal transferência de poder para a iniciativa privada pode ensejar prejuízos para a Administração e toda a coletividade, partindo-se do pressuposto de que a fiscalização pública prévia ou concomitante incitaria o contratado a executar com mais esmero os deveres a ele impostos.

A exemplo da queda do viaduto ocorrida em 3.7.2014 na cidade de Belo Horizonte, MG, obra já em fase de acabamento que deveria ser concluída em tempo para a realização dos jogos da Copa do Mundo. Frederico Correia Lima Coelho, presidente do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais – Ibape, que teve acesso ao laudo cuja divulgação estaria prevista para dezembro de 2014, após término do inquérito pela Polícia Civil, divulgou parte das informações em entrevista à TV Record Minas.<sup>20</sup> Aborda que o laudo indica discordâncias entre o projeto e a execução, e que o problema inicial decorreria de erro na transposição de números, o que acarretou diferença dos cálculos quanto à quantidade de aço a ser utilizada nos blocos, e ainda verificou-se a abertura de janelas feitas na parte superior do tabuleiro do viaduto com a finalidade de facilitar o acesso para materiais e passagem para a parte inferior, embora não constassem do projeto realizado pela Consol Engenheiros Consultores Ltda. Conclui, então, que a tragédia poderia ter sido evitada caso houvesse fiscalização pelo Poder Público, ficando clara a dissonância entre as etapas.

Neste caso específico, embora a licitação tenha sido regida pela Lei Geral, revestida de mais rigor e formalismos, um dos principais fatores que contribuiu para o desastre foi a ausência de fiscalização efetiva por todas as partes responsáveis.

<sup>20</sup> MOTA, Thaís. Laudo da PC aponta série de erros na construção do Viaduto Batalha dos Guararapes. *R7 Notícias*, 16 set. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/laudo-da-pc-aponta-serie-de-erros-na-construcao-do-viaduto-batalha-dos-guararapes-16092014>>. Acesso em: 10 out. 2014.

Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer<sup>21</sup> reconhece que, mesmo com o exercício constante do ato de fiscalizar sobre a execução do contrato desde a fase de elaboração dos projetos, a Administração não terá o mesmo conhecimento que o particular detém sobre o objeto executado, facilitando ao contratante privado optar por soluções que lhe tragam mais vantagens econômicas, mesmo que em detrimento da manutenção posterior da infraestrutura.

Diminuir o poder fiscalizatório também minimiza a participação do povo na contratação das obras públicas, pois quem firma os contratos com a iniciativa privada não são os representantes do governo *in personam*, mas os representantes do governo imbuídos do poder que o próprio povo lhe atribuiu por meio do voto.

## 4 O sigilo do orçamento

Outra mudança contundente a ser abordada refere-se à possibilidade de o poder público manter o orçamento prévio em sigilo, e disponibilizado estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo na forma do art. 6º, §3º da Lei nº 12.462/11, tornando-o acessível ao público somente após o encerramento do certame, com o intento de incentivar os licitantes a oferecerem preço mais baixo a fim de não ultrapassarem o orçamento máximo estimado pela Administração. Objetiva-se, portanto, ampliar a competitividade do certame na busca das melhores propostas para a Administração, considerando *menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior oferta de preço e maior retorno econômico*, cabendo ao edital especificar o critério de julgamento. Sendo, este último, um novo critério para o julgamento de propostas, instituído no art. 18 da Lei nº 12.462/11, sendo cabível exclusivamente para firmar contratos de eficiência, que propiciem mais economia à Administração.

Ao estimar o orçamento, como preceitua o art. 9º, §2º, II da Lei do RDC, o Poder Público utilizar-se-á de pesquisas de mercado e dos parâmetros das próprias obras públicas licitadas anteriormente,<sup>22</sup> sendo o valor submetido à análise dos órgãos de controle, e mantido em sigilo até a apresentação das propostas.

Conforme posicionamento do TCU, o Ministro Almir Campelo<sup>23</sup> aborda que as obras públicas são dotadas de um caráter peculiar, fazendo-se necessária a

<sup>21</sup> REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 164.

<sup>22</sup> Art. 9º, §2º: “II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica”.

<sup>23</sup> TCU, Plenário. Acórdão nº 3.011/2012. Rel. Min. Valmir Campelo. Sessão de 8.11.2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 7 set. 2014.

apresentação dos serviços a serem executados acompanhados de suas respectivas quantidades, devendo tais encargos ser referenciados pelos índices de construção civil (Sinapi/Sicro); e isso é público, o que permite ao licitante meios de investigar tais referências de modo a *prever* o preço base da Administração. Considerando-se ainda que a reserva orçamentária das LOAs também é pública, quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses índices referenciais, maior será a previsibilidade do preço editalício estimado. Isso torna o objetivo do sigilo orçamentário destinado ao fracasso, já que o licitante poderá ter acesso às informações que forneçam parâmetros sobre a previsibilidade do preço-base, aproximando-se, assim, do valor que a Administração Pública estará disposta a remunerar.

Ainda que tal previsibilidade seja possível, há que se ponderar que a falta de conhecimento do exato valor orçado pode acarretar uma disparidade entre a avaliação dimensionada e o custo real da obra, causando insegurança ao licitante, a quem é atribuída toda a responsabilidade, inclusive a obrigação de arcar com os custos decorrentes, pois a Lei do RDC mantém as vedações a aditivos contratuais nos mesmos termos previstos na Lei Geral.<sup>24</sup> O RDC admite a desclassificação das propostas que apresentem preços inexequíveis ou que estejam acima do orçamento aprovado para a contratação do certame, o que faz aumentar o risco de propostas apresentadas com sobrepreço (acima do valor estimado já orçado), já que o licitante pode, sem querer, apresentar proposta cujo valor excede o orçamento que a Administração está autorizada a contratar. Conforme o Decreto nº 7.581/11, art. 42, §§1º e 4º, I, não se admitirão contratações para os serviços de obras e engenharia com valores desconformes aos orçados pela Administração, o que difere da Lei Geral, pela qual propostas que apresentem preços não compatíveis com o mercado são desclassificadas.

No caso de divergência do orçamento, serão *desclassificadas* as propostas que apresentarem preços inexequíveis ou que estejam acima do orçamento-base estimado pela Administração, e que poderão ensejar prejuízo ao erário. Porém, o art. 26 da Lei do RDC dispõe que, após definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas, dando a oportunidade ao licitante de rever o orçamento, e até mesmo demonstrar a exequibilidade da proposta apresentada.

<sup>24</sup> Art. 9º, §4º, I – II: “Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I- para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II- por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

A oportunidade concedida ao licitante para que possa modificar o conteúdo de sua proposta não viola o princípio da isonomia pois, segundo Marçal Justen Neto,<sup>25</sup> a negociação ocorrerá sempre após a fase de julgamento, e nesse momento os licitantes já não se encontram na mesma posição jurídica. Confere-se tratamento isonômico aos particulares durante a fase competitiva, em que o licitante convocado para a negociação já terá se consagrado vencedor. Porém, não se anula a possibilidade de a negociação infringir o dever de julgamento objetivo, violando a isonomia, pois existe a possibilidade de o licitante propor desde o início um valor abaixo de suas reais condições apenas para garantir uma boa posição no certame, já que no final viria a alterar a composição da proposta.

A desclassificação será automática apenas quando o vício se revelar insanável por advir de violação expressa da lei, ou do conhecimento técnico exigido no instrumento convocatório.

Para Luciano Ferraz,<sup>26</sup> a negociação para uma possível correção da proposta deve gerar benefícios para a Administração, não podendo resultar em alteração do conteúdo ou das condições de execução presentes na proposta inicial, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Diante de uma infrutífera negociação,<sup>27</sup> a proposta será considerada inexequível, sendo necessária a sua continuidade com os demais licitantes, respeitando-se a ordem de classificação e, no caso de inviabilidade de todas as propostas por disparidade dos valores previamente orçados pela Administração Pública, ocorrerá a divulgação obrigatória do orçamento e a invalidação do certame, o que coloca em risco a celeridade apregoada, uma vez que o processo licitatório deverá ser retomado, gerando mais dispêndios com a necessidade de nova licitação, que não poderá ocorrer antes que o licitante tiver salvaguardado seu direito constitucional de manifestar-se por meio de recurso contra a eliminação de sua proposta. Como bem assevera José dos Santos Carvalho Filho: “[...] a revogação do certame ofenderia o *princípio da economicidade e da eficiência*, já que implicaria mais demora e maiores gastos com outra licitação”.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 296.

<sup>26</sup> FERRAZ, Luciano. Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos – Desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 14. n. 76, p. 71-82, nov./dez. 2012. p. 81.

<sup>27</sup> Lei nº 12.462/2011: “Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Parágrafo Único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado”.

<sup>28</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 297.

Resta aludir quanto ao princípio da publicidade, que se encontra positivado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e pelo qual se dispõe que todas as contratações públicas deverão ser efetuadas por meio de processo licitatório que garanta a igualdade de condições entre os participantes.

O sigilo orçamentário implantado na Lei do RDC, em franca contraposição ao princípio da publicidade, é justificado em nome do interesse público: parece que a Lei do RDC entende que o sigilo orçamentário garantiria a obtenção de melhores (menores) preços, e que isso seria entendido como o interesse público a ser perseguido, como se a publicidade dos atos administrativos não fosse de interesse público e como se a publicidade do orçamento impedisse, por si só, a obtenção dos melhores preços. Há que se considerar ainda, além de sua inconstitucionalidade, a possibilidade de vazamento de informações. Por conseguinte, há necessidade de resguardá-lo por meio de cuidados específicos que vedem o acesso de agentes administrativos que não estejam intimamente envolvidos no processo para que se conserve a igualdade de oportunidades a todos os licitantes, garantindo assim o princípio da isonomia.

Diante disso, André Guskow Cardoso<sup>29</sup> considera que a equipe técnica responsável pela elaboração do orçamento e todos os agentes públicos que tenham contato com esses dados deveriam assumir formalmente a responsabilidade pelo sigilo de tais dados, inclusive por meio da assinatura de termo de responsabilidade, prática que deveria, igualmente, ser seguida pelos agentes vinculados aos órgãos de controle. E, no caso de haver indícios de violação do sigilo do orçamento, caberá a invalidação do certame e consequente punição dos envolvidos pela aplicação indevida da Lei nº 12.462/2011, o que também comprometeria os princípios da economicidade e da eficiência.

Considerando-se a hipótese de invalidação do certame, o sigilo do orçamento representaria um *tiro no pé* da Administração Pública, pois afastaria a vantagem almejada devido ao vazamento do valor estimado, e o início de uma nova licitação causaria um atraso significativo no cronograma de previsão da obra.

## 5 Considerações finais

Apesar das justificativas, como celeridade e economicidade, tratadas no presente artigo, os fins não devem se sobrepor ao processo legislativo previsto na Constituição. Por esse motivo, é requisito essencial que haja pertinência temática no trâmite das medidas provisórias, para que sua conversão em lei seja considerada plenamente constitucional.

<sup>29</sup> CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – A questão da Publicidade do Orçamento Estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 101-102.

A adoção desse novo regime licitatório inseriu novas diretrizes para as contratações, que ainda demandam estudo, já que ainda não se atestou sua real eficiência e economicidade, pois ainda há muitas obras licitadas sob esse regime a serem concluídas. Não obstante, há que se testar novas possibilidades de licitação e se verificar se os princípios fundamentais da Administração Pública e da licitação (Constituição Federal, art. 37, *caput*, e inc. XXI) são, em cada teste, devidamente observados.

Não obstante, o texto do RDC não nos parece ter passado nesse teste. Eximindo-se a Administração da apresentação do projeto básico na modalidade de contratação integrada, ela contraria frontalmente os princípios da isonomia e da igualdade de condições entre os competidores, pois cada concorrente apresentará proposta comercial para realizar obra de acordo com o seu próprio projeto, que não guarda relação com o projeto dos demais concorrentes.

E ainda é provável que cada licitante desenvolva o projeto com déficit de informações operacionais e também financeiras, uma vez que a Administração lhe apresenta apenas um anteprojeto contendo informações básicas, necessárias, sem dúvida, para definir como as necessidades do interesse público serão supridas, mas não são informações suficientes para tanto.

Se a contratação integrada previa celeridade, a discussão técnica sobre a exequibilidade dos projetos básicos apresentados e sua relação tanto com o anteprojeto quanto com a real possibilidade de cada projeto, de cada concorrente, satisfazer as reais necessidades da obra desejada pela Administração Pública, não nos parece algo tão célere assim. De todo modo, o ponto aqui não trata da celeridade do RDC, mas do risco de uma proposta comercial ser julgada vencedora sem guardar relação direta com as propostas comerciais dos demais concorrentes, pois todas elas tiveram por base projetos distintos. As propostas comerciais não guardam relação entre si, pois cada uma teve por base seu próprio projeto.

Também por força da busca por mais celeridade, passou-se a fiscalização da realização da obra ao próprio particular contratado para realizar a obra. Em que pese o fato de os particulares, em regra, serem cumpridores de suas obrigações, a Administração tem o dever de acompanhar a realização dessas obrigações (art. 58, III, Lei nº 8.666/1993), já que isso é cláusula exorbitante de todo e qualquer contrato administrativo. Fiscalização esta que deve ocorrer concomitantemente à execução do contrato, e não apenas depois de sua realização.

A contratação integrada, a princípio, despontou como uma solução para acelerar o processo licitatório, porém há de se considerar, além das inconstitucionalidades apontadas, a ocorrência de discrepâncias entre o projeto e a sua conclusão, que podem ocasionar efeito contrário ao esperado, de modo a gerar demora na conclusão, abandono dos empreendimentos ou inconformidades com o projeto, culminando no comprometimento do patrimônio público e na frustração à consecução dos fins almejados de celeridade e economicidade.

Convém ressaltar que, ao atribuir o projeto básico ao particular, o Poder Público *abre mão* de sua prerrogativa tanto na elaboração quanto na execução do projeto, em detrimento da supremacia do interesse público. Tal atitude contraria o enfoque principal de sua razão de existir, que é a busca da satisfação integral das necessidades e expectativas da coletividade. Como pondera Norberto Bobbio:

A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – quem custodia os custódios? – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: Quem controla os controladores? Se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. Mais que de uma promessa não cumprida, estaríamos aqui diretamente diante de uma tendência contrária às premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder.<sup>30</sup>

Apesar de Bobbio referir-se, aqui, à repartição dos poderes, neste trabalho a interpretação de seu texto se dá no sentido da necessidade em falar-se na atribuição das funções da Administração Pública, para que seja assegurado o bom gerenciamento das contratações públicas, de modo a resguardar a supremacia do interesse público, e que não haja dissonância dos princípios basilares que direcionam as suas atividades.

Quanto ao orçamento manter-se em sigilo até a apresentação da proposta é outro fator que pode gerar irregularidades técnico-orçamentárias, atrasos e, principalmente, dificuldades de acompanhamento e controle da obra por parte da Administração. Além disso, há de se considerar o risco de apenas um licitante ou um pequeno grupo conseguir acesso ao preço estimado e, com isso, obter informação que lhe confere vantagem sobre os demais concorrentes, algo que poderia ser facilmente resolvido se o orçamento fosse mantido público. O esforço imposto à Administração Pública para tornar sigiloso um dado que, por definição, deveria ser público, não parece garantir, tampouco permitir que os preços das propostas comerciais sejam menores do que aqueles apresentados quando se conhece previamente o valor estimado da contratação.

Criada por conveniência, a Lei do RDC apresenta-se desprovida de qualquer preocupação com a proteção à coisa pública, em especial na sua maior novidade, a contratação integrada de obras públicas. Dotada de evidentes inconstitucionalidades, em especial a material, esta modalidade contraria os princípios da universalidade de competidores e da isonomia, e deveria ser extirpada em vez de estendida a outras

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 31 *apud* AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Breves notas sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19 *apud* CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11) – Aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 18-19.

finalidades como o PAC, SUS, Sistemas Públicos de Saúde etc. Aliás, sua previsão no art. 5º, XVI, do Projeto de Lei nº 559/13 (futura Lei Geral de Licitações) nos parece igualmente temerária.

---

**General Bidding Law to Differential System of Public Contracting:** a study on the mode and integrated procurement contracting

**Abstract:** In consequence, to the constant slowdown inherent in public rivalry mode, due to its huge bureaucracy, Federal Government, by virtue of the sporting events to be held in Brazil between 2014 and 2016, sought to soften the General Public Bid Law and to accelerate the work contracts needed to promote these sporting events. Therefore, it was created, by the Law n 12.462/2011, the Differentiated Procurement Regime (in Portuguese, Regime Diferenciado de Contratação, RDC). Our objective in this paper is to analyze some critical points of RDC from its creation by Interim Measure, instead of the normal legislative process, to the innovative, yet fearful in our point of view, normative precepts, such as integrated procurement contracting and budget secrecy contained in the new law, addressing the importance of Public Administration duty in the act of inspecting and supervising.

**Keywords:** Differentiated Procurement Regime. Public bids. Integrated procurement contracting. Budget secrecy. Administrative law.

---

## Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – A questão da Publicidade do Orçamento Estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2013. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Luciano. Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos – Desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 14. n. 76, p. 71-82, nov./dez. 2012.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Licitações e contratos: aspectos relevantes*. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HEINEN, Juliano. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações – Lei nº 12.462/11. *Revista de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, v. 145, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. O princípio constitucional da moralidade e a participação popular na Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out./dez. 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 5 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-05/constituicao-poder-contrabando-anistia-planos-saude-inconstitucional>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA, Thaís. Laudo da PC aponta série de erros na construção do Viaduto Batalha dos Guararapes. *R7 Notícias*, 16 set. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/laudo-da-pc-aponta-serie-de-erros-na-construcao-do-viaduto-batalha-dos-guararapes-16092014>>. Acesso em: 10 out. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Rastelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Rastelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC – O “Padrão FIFA” é legítimo?. *FCGP – Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 21-43, set. 2013. p. 39.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Rastelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC – O “Padrão FIFA” é legítimo?. *FCGP – Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 21-43, set. 2013.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. A nova principiologia do direito administrativo e o projeto da nova Lei de Licitações. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Licitações e contratos: aspectos relevantes*. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RANDOLFE Rodrigues diz que relevância e urgência foram ‘fabricadas’. *Senado Federal*, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/07/06/randolfe-rodrigues-diz-que-relevancia-e-urgencia-foram-fabricadas>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 de 2011. *Senado Federal*, ago. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242410>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MASTRODI, Josué; SOUZA, Juliana Simões de. Da Lei Geral de Licitações ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas: um estudo sobre a modalidade e contratação integrada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 177-196, abr./jun. 2016.

---

Recebido em: 25.03.2015

Aprovado em: 06.06.2016