

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

NORTON CESAR SILVA

**LEI 12462/2013 PUBLICIDADE E SIGILO DO ORÇAMENTO EM
CONTRATOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

CURITIBA

2018

NORTON CESAR SILVA

**LEI 12462/2013 PUBLICIDADE E SIGILO DO ORÇAMENTO EM
CONTRATOS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, da Faculdade de Direito de Curitiba.**

Orientador: Prof.^a Ana Luiza Chalushak

**CURITIBA
2018**

NORTON CESAR SILVA

**LEI 12846/2013 E A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DE PESSOAS
JURIDICAS EM ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção de Grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Curitiba, pela banca examinadora formada pelos professores:

Prof.^a Ana Luiza Chalusnhak

Prof. Membro da Banca

CURITIBA

2018

Ao término de uma longa caminhada, há muitos passos seguidos, muitas vitórias vencidas, e o fazemos sempre acompanhados.

Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus, pelo dom da Vida, e por iluminar meu caminho.

Quero agradecer também aos meus pais, Erol Cesar Silva e Marcia Aparecida Silva, que com muito carinho e dedicação, não mediram esforços para me proporcionarem a conquista de mais este sonho.

Ao meu amor, que sempre me ajudou, e lutou comigo minhas batalhas.

E por fim, a cada professor que, com muito empenho, e dedicação, me passaram seus conhecimentos.

A todos vocês, muito obrigado.

“Um povo cuja fé se petrificou, é um povo cuja liberdade se perdeu.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar perante a sociedade, sobre a Administração Pública e os contratos do Regime Diferenciado, utilizando-se da Lei 12462, tinha como intuito em sua criação atingir as obras e serviços da Copa do Mundo e Olimpíadas, se verifica que, sua publicidade bem como sigilo do orçamento estariam contrariando um princípio basilar da Constituição Federal, da publicidade dos atos processuais, obrigado a exibir os valores da compra ou serviço estipulado apenas ao fim da licitação. O artigo 6º da lei do RDC quando aplicado aos contratos da Administração que, após aos eventos esportivos passou a se usar em outros contratos, estaria privando a efetividade do controle sobre os atos do Estado (Administração), retirando da população uma possibilidade de acompanhar onde estaria sendo utilizado o dinheiro público, e se há algum tipo de irregularidade nos valores aplicados em relação ao orçamento estipulado no edital do contrato. Procura demonstrar que a falta dos valores durante o processo de licitação tira a transparência para com a sociedade sobre o que se contrata, e o valor a ser pago. Por fim, se procura apontar que a sociedade tem o direito e o dever de controle sobre o que é contratado pela Administração Pública, que a falta do orçamento na licitação poderá trazer prejuízo ao produto ou serviço contratado, e como maneira de privar o prejuízo, daria a partir da publicidade do orçamento.

Palavras Chave: contratos do RDC, orçamento das licitações, publicidade dos atos processuais, princípio da publicidade e transparência.

LISTA DE SIGLAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	- Constituição Federal
DEM	- Democratas
FIFA	- Federação Internacional de Futebol Associação
LDO	- Lei de Diretrizes Orçamentárias
PAC	- Programa de Aceleração do Crescimento
PPS	- Partido Popular Socialista
PSDB	- Partido da Social Democracia Brasileira
RDC	- Regime Diferenciado de Contratações
SUS	- Sistema Único de Saúde
TCU	- Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
LISTA DE SIGLAS.....	6
1 INTRODUÇÃO.....	8
2. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	9
2.1 COMPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
2.2 CONCEPÇÕES DA LEI 12.462 DE 05 DE AGOSTO DE 2011.....	9
2.2.1 Peculiaridades Do RDC.....	11
2.3 A FORMA CONTRATUAL ESPECÍFICA DA LEI 12.462.....	13
2.4 INÍCIO DAS AMPLIAÇÕES DO RDC.....	14
2.4.1 Inclusão Do Programa De Aceleração Do Crescimento (PAC) No Regime Diferenciado De Contratações Públicas (RDC) E Demais Obras.....	15
2.5 DISPOSIÇÕES GERIAS.....	16
2.5.1 Diretrizes Do Regime Diferenciado De Contratações Públicas.....	17
2.6 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO RDC.....	21
2.6.1 Princípio Da Legalidade E O RDC.....	22
2.6.2 A Impessoalidade E O Artigo 3º Da Lei 12.462.....	23
2.6.3 Aplicação Da Moralidade Ao Regime Diferenciado De Contratações Públicas.....	23
2.6.4 A Importância Do Princípio Da Igualdade Ao RDC.....	25
2.6.5 Princípio Da Eficiência E Sua Aplicação.....	26
2.6.6 O Princípio E Regulamentação Da Promoção Do Desenvolvimento Nacional Sustentável.....	27
2.6.7 Princípio Da Moralidade Dentro Dos Atos Da Administração.....	28
2.6.8 Economicidade E O Objetivo Ao Aplicar A Lei Nº 12.462.....	28
2.6.9 Vinculação Do Instrumento Convocatório Como Um Princípio Do Regime Diferenciado De Contratações Públicas.....	29
2.6.10 Administração Pública E O Julgamento Objetivo No RDC.....	30
3 PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	31
3.1 APLICAÇÃO O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE AOS OBJETOS DO RDC.....	33
3.1.1 Publicidade Em Atos Convocatórios Do RDC.....	33
3.1.2 Restrição A Publicação Dos Atos Administrativos No RDC.....	35
4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O ORÇAMENTO ESTIMADO.....	37
4.1 DETALHAMENTOS DO ORÇAMENTO.....	39
4.2 O SIGILO DO ORÇAMENTO NO RDC E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE....	41
4.2.1 A Elaboração Do Orçamento.....	42
4.2.2 A Transparência Nos Dados Orçamentários.....	43
4.2.3 Aplicação De Divulgação Em Outros Regimes.....	44
4.3 CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 6º DA LEI DE RDC.....	47
4.3.1 Ponderação Necessária Do Princípio Constitucional.....	48
4.4 ADI 4655 e 4645 REFERENTE AO REGIME DIFERENCIADO.....	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

As licitações se dão por contratação de obras, serviços e produtos para a Administração Pública, em prol de melhorias para a população local, ou uma sociedade em geral. Esses contratos autorizados por lei, se efetivam com vários amparos legais, como a Lei de Licitações nº 8666, a Lei do Pregão nº 10.520 e a Lei nº 12.462 do Regime Diferenciado de contratações públicas. Cada qual institui sua forma de proceder nos contratos, com peculiaridades distintas, porém, ambas devem seguir os princípios da Constituição Federal. Na que dá o amparo as licitações, estabelece que o orçamento dos contratos deve ser divulgado desde o edital, para que haja transparência em seus atos e para com a sociedade sobre o objeto contratado bem como seu valor a ser pago. Por segundo, a forma de contratos estabelecido pelo pregão dá a visibilidade dos valores nos autos do processo, garantindo assim que a população saiba qual o valor tratado, e sua regularidade.

Quando se fala na forma de contratar do Regime Diferenciado, o edital estipula o objeto também o procedimento adotado da licitação e, demais informações necessárias. Ocorre que, os atos do processo utilizados são estabelecidos de forma a não ser definido o valor final do contrato que terá a Administração Pública de dispor.

Por se tratar de um princípio Constitucional, da Publicidade dos atos, espera-se que em contratos da Administração venham contidos do valor estimado para sua execução. Dá se que na Lei 12.462 não trás a previsão para divulgação antecipada do orçamento, sendo obrigada apenas após o fim da licitação.

Irá se demonstrar assim, a forma geral dos contratos efetivados na Administração Pública, qual seus regimes adotados, e quais os agentes. Em segunda parte, será constatado a obrigação de trazer publicidade aos atos de contratações, como pode haver o controle e efetivação para sua correta utilização. Ainda irá demonstrar que o Regime Diferenciado adota uma forma peculiar a aplicação dos tratos e pactos estabelecidos em seu regime. Há assim de se confirmar a forma com que é aplicada esta lei, e se há no poder judiciário em suas peculiaridades alguma rejeição.

2. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

2.1 Composições da Administração Pública.

A Administração Pública é composta por três pontos principais, os quais se definem pelos agentes públicos (aqueles que atuam em nome da administração), os órgãos (que tem por objetivo, colocar em prática as vontades do Estado, por intermédio dos agentes) e as pessoas jurídicas administrativas (aquelas empresas, públicas ou privadas que, exercem funções com fim de natureza pública).

Com o intuito de buscar o melhor para a população, a Administração Pública em seus atos de compras, locações, alienações, ou ainda, em contratos de obras e serviço, seguindo aos princípios Administrativos, rege uma legislação com procedimentos a serem adotados que, baseiam se em princípios gerais encontrados na Constituição Federal, em normas específicas como a lei 8.666/1993, a Lei do Pregão bem como a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Esse procedimento pode ser definido como uma imposição da Administração Pública ao Ente Público, que em seu exercício de contratação deve abrir a todos os interessados uma concorrência, dando a estes a oportunidade de apresentarem suas propostas, e aquela que se adequar as exigências, no ato da convocação estabelecido, se dará como vencedora.

O Direito Administrativo pode ser definido como um conjunto de normas que se dará a fiscalizar, organizar e controlar estes componentes da Administração, abrangendo também, os contratos e os negócios jurídicos celebrados pelos entes, o que os fazem em nome da Administração Pública para com as Pessoas Jurídicas de Direito Público e ou Pessoas Jurídicas de Direito Privadas. Os atos da Administração devem ser incluídos neste ponto, por também estarem voltados ao interesse Público.

Existem princípios basilares do Direito Administrativo, que tem a função de dar seguimento, de uma forma harmoniosa, o bom andamento da Administração.

2.2 Concepções da Lei 12.462 de 05 de agosto de 2011

Em busca de uma celeridade na contratação de obras específicas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, os jogos da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo FIFA de 2014, o Poder Executivo, com intuito na criação de uma lei, encaminha ao Congresso um projeto para aprovação que viesse a sanar o problema tempo e, tendo em vista que se tratava de uma demanda específica aos jogos, a sua abrangência seria territorialmente delimitada aos Estados e Municípios atingidos. A lei 12.462 tinha uma delimitação também na forma de contratar, que específica no artigo 1º, diz ser “instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização”, verificando aqui, por sua vez, com qual recurso o Estado deveria usar ao contratar a prestação das obras e serviços. A Lei 12.462 de 2011 teve sua criação para amparar as futuras obras que vinham a sediar os eventos esportivos, e foi regulamentada através do Decreto 7.581 de 11 de outubro de 2011.

Por falar em contratação diferenciada aos jogos, e por tratarem de um público vasto e mundial, verificou-se a necessidade de não apenas lidar com os ambientes que vinham a sediar os esportes, mas sim toda a infra-estrutura de recebimento dos jogadores, turistas e mesmo que localmente dos torcedores esportivos. Em função disso o legislador colocou na proposta encaminhada ao Congresso Nacional o inciso especificando um ponto a ser trabalhado, abrangendo as obras dos Aeroportos nas Capitais, que deveriam respeitar um limite de até 350 quilômetros das cidades responsáveis a sediar. Após ainda, emendada a lei para aplicação em outras modalidades como o Programa de Aceleração e Crescimento, o Sistema Único de Saúde (SUS), Mobilidade Urbana, entre outros.

Em se tratando de Jogos e Esportes específicos, ainda datados para certa ocasião, criou-se uma lei que fosse aplicada apenas e simplesmente de forma passageira, para o devido aceleração das obras aos jogos. E considerando a existência na Administração Pública de uma norma, no momento de contratar, não se via necessário a sua aplicação fora do ato casuístico. A lei 8.666, desde sua criação em 1993, estabelece a forma de contratação por parte do Estado, em licitações, ou ainda como exemplo a Lei do pregão número 10.520 vigorando desde 2002, fez com que o Executivo ao propor a Lei, não se preocupasse com a aplicação das licitações fora do contexto. Porém, como necessária e possível, avaliou-se a possibilidade de extensão em sua abrangência.

Pode se dizer também que a Lei de Licitações era o sustentáculo para os contratos públicos, e mesmo com sua aplicação geral, era mal vista, por executá-los de forma lenta e muito formalista. Verifica-se essa insatisfação nos números de propostas direcionadas ao Congresso Nacional com fim na alteração da lei, ou ainda na sua revogação.

Valendo-se que já havia regulamento aplicável aos contratos Administrativos, tanto para obras e serviços, como para compras e alienações, e que a lei 12.462 tem uma autonomia procedimental em sua aplicação, não havia pretensão de colocá-la em funcionalidade aos contratos firmados pela Administração fora do âmbito esportivo, porém viu-se após que tratava de uma nova modalidade de licitação, e que por trazer novidades, poderiam facilitar também à forma usada para contratos comuns. Ainda, por ser autônoma, não se sujeita a seguir os princípios expostos pela lei de licitações, podendo basear-se apenas pela própria legislação, salvo o que expressamente determinar sua aplicação. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, “embora a lei tivesse, originalmente, aplicação restrita aos contratos referidos em seu artigo 1º, o RDC vem sendo estendido a outros contratos.”¹

Verifica-se uma viabilidade ao aplicar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462) em grandes eventos, com intuito em uma celeridade processual, por se tratar de uma lei com regulamentos próprios que, sem perda na contratação, o efetive rapidamente, valorizando a concorrência entre os participantes, o preço mais vantajoso para a Administração e o maior benefício para a população.

Portanto, a aplicação desta lei veio para atualizar o sistema de contratações da Administração Pública, e deve ser feita, segundo Marçal Justen Filho, “como uma espécie de experimentação legislativa, visando a implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório”.²

2.2.1 Peculiaridades do RDC

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p.456

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. ed. 1. São Paulo. Editora: Dialética. 2013. p.14.

Como se sabe, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi criado com o intuito nos projetos relacionados aos eventos esportivos, o que também não deixou de ser aplicável aos outros contratos da Administração. Verificando a relação do artigo 1º, inciso V, em sua redação original diz se tratar das contratações de engenharia, porém aplicam-se as outras formas ou outros objetos contratuais.

Há na licitação planejada pela legislação do RDC uma maleabilidade que acaba por autorizar sua aplicação aos demais contratos. Segundo o autor Justen Filho, encontra-se dentro da legislação, além de uma adaptação aos contratos por parte de seus artigos, mas também uma rigidez em alguns trechos com o foco na engenharia: “no entanto e em muitas passagens da Lei, evidencia-se a preocupação centrada em contratos de engenharia, o que acarreta algumas dificuldades hermenêuticas.”³ Essa dificuldade pode ser vista, por exemplo, no caso de contratações de objetos, materiais, ou ainda de prestações de serviços que não de engenharia, por se tratarem de objetos com enfoques diferentes, teria de haver uma contratação também diferenciada.

Dentre as peculiaridades existentes no RDC, a avaliação de uma solução mais vantajosa está presente, coloca-se assim a Administração para que verifique o caso concreto, bem como sua aplicação, além da maneira produzida para alcançá-la.

Ainda há outra peculiaridade existente aos artigos da Lei 12.462, que dizem respeito ao encargo do contratado por executar o projeto, o preparo das obras e serviços, bem como sua execução e finalização. Analisa-se que na Lei de Licitações, haveria para cada qual a sua exclusiva contratação, com um edital específico, uma concorrência específica e um vencedor que iria executar a parte que lhe cabia da obra. Portanto, ao ponto de que ficaria responsável a empresa contratada pelos atos da obra a ser executada, caberá a ela também dentro do que lhe foi concedido, a tomada de decisões que forem mais vantajosas e satisfatórias para a população.

A fundamentação, já encontrada em outros atos da Administração Pública, como por exemplo, nos contratos de Licitações ou mesmo do Pregão vem a aparecer no RDC como uma forma de transparência, e não deve ser usada apenas na discricionariedade. Coloca-se por Discricionariedade a forma encontrada pela Administração Pública para a adoção de atitudes ou não em que lhe couber ou for

³ JUSTEN FILHO, 2013, p. 19.

conveniente. Caberá não apenas, desta forma, nos casos de Discricionariedade a fundamentação, que deverão obrigatoriamente constar de todos os seus atos e omissões.

Pelo voto do Excelentíssimo Senhor Relator Ministro Valmir Campelo, em Plenário para julgamento do então Acórdão nº 3.011/2012 TCU:

76. Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida.⁴

Assim, pela jurisprudência vista, analisa-se o fato de que a Lei do RDC deve tomar precauções com relação às escolhas, tendo elas a obrigação de fundamentação, para um melhor controle por parte da Administração, tão como para o melhor benefício da sociedade. Essa busca para a melhor solução em todos os contratos efetivados mediando o Regime Diferenciado de Contratações Públicas deve ser encontrada em todas as peculiaridades do sistema.

2.3 A forma contratual específica da Lei 12.462

Versando sobre a aplicação da Lei, conseguimos colocar aqui que será de forma específica, como constado no artigo 39 do RDC “Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.” Assim, sua aplicação se dá de forma particular, com seguimento a Lei de licitações, porém com ressalvas definidas na própria legislação. Marçal Justen Neto coloca que:

⁴ CAMPELO, Valmir. Acórdão nº 3.011/2012. 08 de novembro de 2012. TCU. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/017.603-2012-9-%20Copa.pdf> . p. 113. Acesso em: 05 Novembro 2016.

O regime jurídico do contrato administrativo celebrando consoante o RDC (ainda que não precedido de licitação) será peculiar em relação ao do contrato administrativo sujeito exclusivamente às regras da Lei nº 8.666. Incidirão regras específicas veiculadas pela Lei 12.462 e pelo decreto 7.581. Alguns exemplos evidenciam as peculiaridades. Primeiro, os contratos administrativos do RDC deverão respeitar normas específicas de caráter ambiental, social e cultural (art. 4º, parágrafos 1º e 2º, da Lei 12.462). A contratação direta pelo RDC permite, ainda, a adoção de regimes contratuais próprios, como a contratação integrada, o contrato por remuneração variável e o contrato de eficiência.⁵

Dentre estas, e outras formas, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, vem definir um jeito único procedimental para os objetos buscados pela Administração.

2.4 Início das Ampliações do RDC

Após um ano de sua criação, começa-se uma especulação a modificações para a lei do RDC, com objetivo direto de sua aplicação a Eletrobrás, a qual foi editada a Medida Provisória nº 559 de 2012, que traziam foco ao patrimônio da empresa. Após, já com análise da Câmara dos Deputados, a Medida havia sido alterada, com interesse agora nas obras do PAC (Programa de Aceleração e Crescimento) junto ao Ministério do Planejamento.

Essas mudanças trouxeram para a Lei 12.462 inovações em relação à aplicação na hora de contratar as obras do Sistema Único de Saúde (SUS) e as obras para o sistema de Ensino Público, o que acabou posteriormente, em votação, por não ser aceito. Por fim, nesta primeira tentativa de ampliação do RDC apenas restou na modificação de um inciso, o que coloca a mais as “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento”.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**: Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto nº 7.581. ed.2. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2013. p.374.

Ainda em 2012 volta-se a discutir a aplicação da lei dentro das obras do SUS e do sistema de Educação, que aceito posteriormente vem a tratar sobre:

A extensão do RDC às áreas de saúde e educação, cuja aprovação não havia sido possível anteriormente, veio a ocorrer com as Leis nº 12.722/2012 e nº 12.745/2012. A primeira, de modo assistemático incluiu um novo parágrafo no artigo 1º da Lei do RDC, segundo o qual, Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.⁶

Essas mudanças trouxeram uma inovação por parte do Estado brasileiro, autorizando a aplicação da lei já existente para as contratações Públicas, bem como facultado a aplicação da regulação do RDC.

2.4.1 Inclusão do Programa de Aceleração e Crescimento (PAC) no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e demais obras

Ao se constatar como uma hipótese de aplicação aos demais contratos da Administração, o RDC começa a ser alvo de possíveis mudanças. Assim desta forma e, como a primeira aprovada que viesse a alterar, a Lei 12.688 inclui na Lei 12.462 em seu artigo 1º o inciso IV em relação ao Programa de Aceleração e Crescimento (PAC), dando uma maior extensão a aplicação, fora do contexto transitório dos jogos. Em continuidade, no mesmo ano, há mais uma vez a ampliação da lei do RDC, agora com intuito de favorecer o Estado e a Administração Pública quando contratar obras e serviços relacionados ao Sistema Único de Saúde, de acordo com a Lei nº 12.745, bem como agora a aplicação para a as obras e serviços de Engenharia do Sistema de Ensino Público, implementado de acordo com a Lei 12.722.

⁶JUSTEN FILHO, PEREIRA (Coord.), 2013, p.36.

2.5 Disposições Gerais

Como se trata de um regime diferenciado, será facultado à autoridade, quando contratar, optar por qual meio efetivar, cabendo escolher entre o RDC, e o Regime comum de contratações, legalmente previstos nas leis 8.666 (Lei de Licitações) e 10.520 (Lei do Pregão).

Ao optar pela Lei 12.462, pode-se verificar que há uma aplicação principal relativa ao conteúdo das licitações. O que pode ser analisado quando há a satisfação deste sistema, é a forma precedente da contratação. Ou seja, a diferença da escolha ao contratar através do Regime Diferenciado, e não comum, se verifica no processo para contratar.

Para efetividade de contrato no RDC devem ser observadas algumas regras, que há uma base a seguir precedente do edital de pretensão a ser cuidado, bem como observar na fase uma sequência de ritos aplicáveis. Essa etapa que antecede a fase do edital é conhecida como a fase preparatória, que não necessariamente será aplicada para contratações por licitações.

Assim podemos ver que há na Administração Pública uma série de atos considerados contratos públicos, o que não define quais atos serão aplicados ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Segundo o Autor Marçal Justen Filho:

Como se sabe, a expressão “contrato administrativo” indica um gênero que comporta diversas espécies. A redação legal não diferencia as espécies de contratações administrativas submetidas ao regime do RDC, mas isso não significa que o referido regime seja aplicável à produção de todo e qualquer contrato administrativo.⁷

Portanto ao que aplica o contrato do RDC, à autoridade competente, caberá avaliar as condições de seu acolhimento ao caso, podendo ser este de compra, alienação, bem como os contratos de serviços ou obras.

Fora deste contexto de objetos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a sua aplicação se restringe aos casos de permissão do serviço público,

⁷ JUSTEN FILHO, 2013, p. 27.

negados aos contratos de concessão. Também se aplica a forma de contrato na Lei 8.666, lidando com os mesmos objetos, ou ainda na Lei 10.520, que por este motivo autorizando a Administração Pública a faculdade de escolha a qual regime, dentre os três, utilizar.

2.5.1 Diretrizes do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Vê-se que a aplicação da Lei 8.666 (Lei de Licitações) é demorada e traz um maior custo para a Administração, esse desnecessário, que com a escolha para o novo regime conduz a rapidez dos contratos e economia processual. E como todo processo encartado, este também estipulado pela Administração, deve ter um regulamento a ser seguido com âmbito diferenciado. O artigo 4º da lei dos Regimes Diferenciados coloca seus incisos de forma a delimitar sua aplicação.

Padronização do Objeto a ser contratado, diferentemente da Lei de licitações, traz uma peculiaridade ao colocar como objeto do contrato um bem ou mão de obra específica. Segundo o seu inciso I, há “padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;” Portanto, segundo o legislador, ao colocar esse inciso, autoriza a Administração Pública em seu ato, a possibilidade de contratar um material específico. Como se trabalha com um mercado com vastas alternativas, caberia ao ente na hora de contratar verificar o que melhor fosse para a Administração em relação ao serviço prestado, se o material selecionado estaria qualificado e hábil para a demanda exigida. Mayara Ruski Augusto Sá interpreta que:

O inciso I do art. 4º da Lei prevê que deverá ser observada a padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho. Estabelece ainda que a padronização das condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas será determinada apenas quando for o caso.⁸

⁸ JUSTEN FILHO, PEREIRA (Coord.), 2013, p. 51.

Com a devida precaução ao aplicar este dispositivo, a Administração deve conseguir conciliar a necessidade de uma padronização do objeto a ser contratado, e a livre concorrência, dando a todos os interessados a oportunidade de disputa, sem favoritismos a marcas ou empresas típicas.

Segundo o autor Marçal, a aplicação deste dispositivo pode ser vista como um ganho processual, dando “um menor dispêndio de tempo e de esforços na ocasião da contratação, eis que a Administração já conhece as características técnicas da prestação.”⁹ Consequentemente, o que se aplica, é a oportunidade no RDC de uma contratação ainda mais célere, baseando se por uma contratação de objeto conhecido.

Sua aplicação deve seguir um processo administrativo diferente de licitação, com forma específica, e que assim, a autora Ruski Sá coloca que deve se efetivar “mediante a realização de uma série de atos formais, destinados a apurar e comprovar os benefícios e vantagens decorrentes da padronização.”¹⁰

Segunda diretriz estabelecida pela Lei do RDC diz respeito também a padronização, porém agora em âmbito de contratação, analisando-se as peças jurídicas utilizadas, sendo estas as minutas de contratos e os instrumentos convocatórios. Em seu artigo 4º, inciso II, sua aplicação se dá previamente por uma autorização do órgão competente.

A aplicação das licitações é feita de uma forma única a cada caso concreto, o que por sua vez pode ser alterado com a padronização dos instrumentos convocatórios mediante uma autorização dada a Administração Pública, para que use o mesmo modelo de licitação para outros contratos. Essa autorização acarretaria em uma celeridade no processo estabelecido, por não ter a preocupação por parte da Administração em buscar a criação de uma forma a contratar. Fica a cargo da Comissão de Licitação a busca de uma padronização ao contrato, bem como a sua responsabilidade na avaliação de necessidade da aplicação dos instrumentos convocatórios e minutas.

Por conseguinte, o inciso III do artigo 4º vem trabalhar com mais uma diretriz do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, estabelecendo para a Administração a busca pela maior vantagem. Assim, quando for escolhida ao caso a

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. ed. 15. São Paulo. Editora: Dialética. 2012. p.211.

¹⁰ JUSTEN FILHO, PEREIRA (Coord.), 2013, p. 51

aplicação da Lei 12.462/11, ficará responsável o ente competente que busque a maior vantagem, exigindo assim, quais os benefícios da Administração Pública em relação à natureza social do contrato, ou ainda econômica, bem como a natureza Ambiental que venha a ser atingida pelo contrato. Devem-se verificar também as vantagens relativas à “manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”, constados no inciso III deste artigo.

Havendo uma menção anterior e já preexistente, em relação à maior vantagem buscada pela Administração, na Lei 8.666 em seu artigo 3º, não vieram a ocorrer modificações drásticas se comparadas a Lei 12.462, sem uma preocupação por parte do legislador ao editar este tópico.

Por sua vez, há previsão na Lei do RDC em seu artigo 4º inciso IV, as Condições de Aquisição de Seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado, que diz respeito, de uma forma bem peculiar, ser responsável a Administração pela igualdade de condições para com o setor privado dentro da área dos seguros. Ainda destaca o inciso, que poderá a Administração pagar de acordo com o trabalho executado. Ou seja, quando a empresa que executa a obra, entrega a mesma sem a devida finalização, ficará a cargo do ente administrativo o pagamento cabível a parte da obra acabada.

A utilização preferencial de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas do local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, têm sua previsão no inciso V do artigo 4º, com o intuito de promover o comércio e desenvolvimento local, bem como a celeridade processual e economia. Assegurado também de acordo com o artigo 12, IV da Lei de licitações, coloca-se que a Administração em seu contrato de licitações deverá priorizar os artifícios locais para execução da obra. Segundo o doutrinador Justen Filho:

A promoção da eficiência econômica envolve a adequação do projeto às circunstâncias e características do local da execução da obra ou serviço. Isso significa que a padronização não pode ser imposta de modo absoluto, mas deve comportar soluções flexíveis em vista do caso concreto. Por outro lado, a eficiência econômica não exclui a promoção de valores relevantes constitucionalmente, especialmente a promoção do emprego. Por isso, todo projeto deverá assegurar a utilização de mão-de-obra disponível no local. ¹¹

¹¹ JUSTEN FILHO. 2012. p. 198.

Portanto, o legislador ao editar este inciso criou enfoque ao Poder Público, para que utilize dos recursos locais na execução das obras, ficando claro também ser uma escolha a sua utilização e não obrigação. Constatada a perda pela escolha do material local, deverá se optar pela que for mais vantajosa a Administração.

O inciso VI dá a aplicação ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas de forma dividida, assim colocando, poderá ao optar pela utilização desta diretriz, dividir o objeto da prestação contratual em sub-etapas, não vinculando apenas para uma prestadora a sua execução.

Caberá uma atenção especial quando se notar a mora na utilização do sistema subdividido, ou ainda quando a divisão acarretar em elevação dos gastos. Segundo Marçal Justen Filho “em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos.”

12

Isto é, para o autor, como a Administração tem uma perda na demora dos contratos, e no custo de cada um separadamente, acabaria que superaria a intenção de economia prevista, não se tornando viável a sua aplicação, dando ao ente um custo alto para efetivação.

Devendo haver a diferenciação entre a divisão do objeto, como já visto, e a contratação simultânea. A segunda é aplicada por sua vez com a possibilidade do contratante representante, a Administração, utilize do contrato para uma única obra, porém com mais de um prestador do serviço. A execução e finalização da obra serão feitas em conjunto, bem como a simultaneidade dos contratos.

De acordo com Mayara Ruski Augusto Sá, “enquanto o parcelamento do objeto consiste na divisão das diversas etapas do mesmo objeto entre vários prestadores, a contratação simultânea consiste na prestação de um serviço único e indiviso por vários prestadores.”¹³

Ainda Segundo Fernão Justen de Oliveira:

¹²Ibid. pg. 307.

¹³ JUSTEN FILHO, PEREIRA (Coord.), 2013, p. 57

Embora na situação do objeto parcelado também existam vários prestadores, neste caso também há plúrimas etapas (fases, trechos, lotes) do mesmo objeto. Diferentemente, na contratação simultânea para serviços o objeto mantém-se indiviso, unificado para ser prestado integralmente por diversos contratados. O exemplo de objeto de contratação simultânea já tornado clássico (por divulgação do Ministro do TCU Benjamin Zymler) consiste na telefonia de longa distância permitindo a utilização do mesmo serviço pela tarifa mais vantajosa em determinadas datas e horários. A identificação se encaixa na categoria de serviços disponíveis de antemão, de oferta padronizada e prontos para fruição em larga escala. Assim ocorre com serviços públicos como a telefonia, mas também com outros que não se caracterizam como serviço público stricto sensu, mas podem sujeitar-se aos parâmetros do art. 11 da Lei nº 12.462, como a prestação do serviço de emergência médica.¹⁴

2.6 Princípios Fundamentais do RDC

De acordo com o artigo 3º caput da Lei 12.462:

“As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional e sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo”

Isto é, terá sua aplicação aos contratos da Administração Pública segurados pelos princípios fundamentais norteadores do processo. Sua base se deu no artigo 3º da Lei 8.666, quando ao editá-la, o legislador tomou o cuidado para que a aplicação se desse em favor do maior benefício a Administração Pública. Nas palavras de Edson Luz Knippel, Guilherme San Juan Araújo e Henrique Zelante, “preconiza que o procedimento licitatório deve garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, visando a escolha mais vantajosa para a administração e

¹⁴ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Contratação Simultânea para serviços do PAC e dos mega eventos esportivos**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 67. setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=67&artigo=696>> Acesso em: 07 de novembro de 2016.

a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.”, ainda completa que “Estipula, outrossim, regras formais, consistentes no atendimento aos princípios.”¹⁵

Os princípios basilares do Direito Administrativo, mais específico, do Regime Diferenciado de contratações públicas, têm a função de dar seguimento, de uma forma harmoniosa, o bom andamento de seus atos. Podemos classificá-los da seguinte maneira:

2.6.1 Princípio da Legalidade e o RDC

A legalidade, como o primeiro princípio encartado no artigo, amparado também pela Constituição Federal em seu artigo 37, diz ter a Administração de se submeter à legislação estabelecida. Ou seja, para o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, ficará o responsável pelo contrato utilizar-se dos artifícios que estejam amparados pela legislação, bem como sendo vedada a sua ignorância ou ainda, a sua aplicação em desconformidade.

Este princípio pode ser explicado de uma forma bem sucinta, quando o Estado ou a Administração Pública ficam obrigados a aplicar o que a lei expressamente permitir, ou ainda, em contratos particulares, podem ser acordadas entre as partes, o que não for contrário à lei. Este Princípio se vê amparado, além dos artigos já mencionados, pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, aplicando que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei;”.

Portanto, quando usamos deste princípio, examinamos que a Administração só poderá atuar e contratar no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, seguindo o que expressamente estiver legislado, já quando for de vontade entre as partes contratadas, poderão usar de cláusulas específicas, que venham a beneficiar o interesse público, o ganho processual, bem como o que for mais benéfico a Administração.

¹⁵KNIPPEL, Edson Luz, ARAUJO, Guilherme San Juan, ZELANTE, Henrique. Aspectos Penais da Lei nº 12.462 de 5 de Agosto de 2011. 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. ed. 2. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2012. pg. 193.

2.6.2 A Impessoalidade e o artigo 3º da Lei 12.462

Seguindo, de acordo com o acostado no artigo 3º da Lei do RDC, o princípio da Impessoalidade deve ser observado, com fim na Administração imparcial, em seus atos no momento de contratar ou executar alguma ação. O agente que representa a Administração não pode visar em quem está contratando, ou seja, na pessoa do contrato, mesmo com a peculiaridade do Regime, ao autorizar a escolha do objeto, deve ele observar o cuidado para que seja apenas uma seleção de qualidade no contrato, e não favorecimento. Esta visão é aplicada de igual forma a própria Administração, visto que se pode aprofundar sua aplicação não somente ao ente, mas também ao agente. Tem previsão legal na lei 9.784/99, em seu artigo 2º parágrafo único inciso III, que “Nos processos Administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;”.

E segundo a autora Di Pietro: “a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.”¹⁶

Ainda o princípio da impessoalidade é aplicado a fim de que, a Administração também não faça com favorecimentos ou com intuito de lesar a pessoa contratada, portanto, consegue se definir, que o apontamento de um contrato para determinados contratantes é na grande maioria desvantajoso para o interesse público.

2.6.3 Aplicação da Moralidade ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Seguindo, o princípio exposto no artigo trata da moralidade dos atos da Administração, ainda se vendo vinculado ao princípio da boa-fé, que pode ser

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p.101.

definido como aquele baseado em honestidade, ou no afastamento de interesses particulares, levando em conta o benefício próprio. Segundo Marçal Filho:

A moralidade se aproxima da boa-fé. Trata-se de um elemento subjetivo de respeito aos interesses alheios, que deve traduzir-se em condutas objetivas harmônicas. Não significa a vedação à obtenção de vantagens, mas a proibição a que tais vantagens sejam ocultadas ou obtidas mediante artifícios ou expedientes reprováveis.¹⁷

A moralidade exige da Administração que demonstre em seus atos do Regime diferenciado uma probidade ou ainda o respeito ao interesse público. Esse princípio é perceptível a partir da demonstração transparente sem dar privilégio a agentes nos contratos firmados. O agente pode ser identificado tanto em polo ativo como passivo do acordo, aparecendo de ao caso concreto, como sendo a Administração, ou ainda particular contratante. A probidade é exigida também ao ponto em que o representante do ente privado deve agir, assim como exigido da Administração Pública, com boa-fé, e em busca do interesse da coletividade. A imoralidade identificada por parte deste pode acarretar em penalidades, como, por exemplo, a quebra do contrato, ou extinção, tornando nulo seus efeitos.

A violação do princípio da moralidade é possível de constatação em vários atos do processo Administrativo, tanto para o já dito, favorecimento de objetos ou empresas, sem a devida autorização legal, e com a privação da livre concorrência, como as combinações ocorridas em contratos, ou licitações, tornando-as fraudulentas, e por fim colocando a sua reprovação por estar em desconformidade com os princípios exigidos na legislação do RDC.

Além da nulidade dos atos, já mencionada, ainda podemos verifica como efeito de um ato ímprobo, a sua invalidade, que pode ser aplicada desde o início do contrato, no seu andamento, ou encontrado na finalização. Deverá haver a conferência dos agentes, para que se consiga saber a intenção de cada um, se verificada a má-fé, tomado o efeito necessário para reprovação do procedimento.

No que se trata ao estudo da moralidade na Administração, ainda podemos falar que ela se aplica de forma que não deem brecha ao Desvio de Poder. Esse desvio é executado por agentes em nome da Administração, que por fim se

¹⁷ JUSTEN FILHO. 2012. p. 65.

aproveitam de sua posição, e ilicitamente tomam vantagens dos atos públicos, para favorecimento pessoal. Podemos em solução destas usar do princípio, quando descumprido concomitantemente em descumprimento a legislação também, acarretará, dentre outras consequências, a responder perante a autoridade aos crimes de responsabilidade, crime contra o patrimônio, crimes contra a probidade administrativa, dentre outras. Mostra-se sua aplicação a lei 1079/50, artigo 2º:

“São crimes de responsabilidade os que esta lei especifica: Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.”¹⁸

A dificuldade encontrada neste princípio se dá por tratar de uma subjetividade dos agentes, com uma dificuldade na comprovação da má-fé de cada um, visto que a moralidade é exigida, mas que não aplicada, torna sua atuação inválida.

2.6.4 A importância do princípio da Igualdade ao RDC

A igualdade, como um dos princípios citados no artigo 3º desta Lei, vem garantir a todo e qualquer interessado no contrato buscado pela Administração, a sua efetiva participação. Há previsão deste princípio além da Lei 12.462, podendo ser encontrada na Lei de Licitações, que fundamenta em suma de uma mesma maneira, colocando a oportunidade de participação por quem estiver motivado. Ainda conseguimos ver a sua fundamentação na Constituição Federal de 88, que diz em seu inciso XXI:

¹⁸ BRASIL, Lei nº 1.079, de 10 DE Abril De 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm> Acesso em: 08 de novembro de 2016.

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.¹⁹

Desta forma, conseguimos falar que é de suma importância a aplicação do princípio da igualdade, forma legítima pela qual se aplica a livre concorrência, e dando força a aplicação da democracia, oportunizando aos interessados sua participação. Em suas palavras, Ane Carolina Novaes coloca que:

Proíbe que o ato do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras ou de quaisquer outras circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato.²⁰

2.6.5 Princípio da Eficiência e sua aplicação

O Princípio da Eficiência, aplicável também no âmbito da Lei 12.462, vem exigir o respeito em relação à Administração, para que busque o contrato que melhor supra as necessidades buscadas. Assim seu emprego deve exigir do contratado a máxima competência e efetividade na prestação do serviço, podendo verificar a responsabilidade pelo Ente Público quando responsável pela contratação mais específica ao caso concreto, além ainda por ter o poder de fiscalização. Gustavo Vettorato define a eficiência de tal forma:

Ou seja, é utilização dos melhores meios sem se distanciar dos objetivos da Administração Pública, atingindo a satisfação das necessidades coletivas. Por esse motivo, na avaliação da eficiência deve o administrador estar

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988

²⁰ NOVAES, Ane Carolina. **Princípios da Licitação de acordo com a Lei n.º 8.666/93**. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, no 138. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=752>> Acesso em: 8 de novembro de 2016.

atento para a objetividade de seu princípio, sob pena de incorrer em arbitrariedades.²¹

Ainda, a eficiência é o dever da Administração por adotar o que for mais econômico e mais célere, dando assim uma aplicação conjunta a economicidade nos contratos, sendo para obras, serviços ou compras e alienações.

2.6.6 O Princípio e regulamentação da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável.

Prosseguindo, este princípio tem uma peculiaridade ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, verificando-se sua aplicação em conjunto com a busca maior vantagem. Quando há a intenção de contratação por parte da Administração, no uso do RDC deve o agente se atentar na compra, alienação, ou ainda na busca de obras e serviços, ao passo de que não venha criar prejuízos a sustentabilidade nacional. De acordo com o artigo 225 da Constituição Federal de 88, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”²²

Deste, consegue se filtrar a obrigatoriedade da Administração, bem como da própria população a função de preservação do meio ambiente, posto como um patrimônio de bem comum, e riqueza da sociedade para uma qualidade de vida melhor a todos. É vista também como a busca pela maior vantagem, por se tratar do melhor para a própria sociedade.

Marçal Justen Filho explica que sua aplicação foi buscada pelo legislador ao editar a Lei 12.462 para que, “o acréscimo de riqueza não pode fazer-se à custa do comprometimento do meio ambiente. É necessário compatibilizar o uso dos recursos econômicos e a preservação do equilíbrio ecológico.”²³

²¹ VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública.. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4369>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

²³ JUSTEN FILHO. 2012. p. 68.

2.6.7 Princípio da Moralidade dentro dos atos da Administração

Por este princípio, há a constatação de que as licitações realizadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, executados por meio da Administração Pública, tem a obrigatoriedade de fazer que seus atos sejam probos, ou seja, que a fundamentação de seu ato seja por meio de uma justificativa legal, plausível, e baseada pela boa-fé e os bons costumes. Karine Kelly Kich vem explicar sobre o assunto, e coloca como:

Um princípio constitucional incluído dentro dos princípios específicos da licitação, é o dever de todo o administrador público, o dever de honestidade e fidelidade com o Estado, com a população, no desempenho de suas funções. Possui contornos mais definidos do que a moralidade. Digenes Gasparini alerta que alguns autores tratam vêm como distintos os princípios da moralidade e da probidade administrativa, mas não há características que permitam tratar os mesmos como procedimentos distintos, sendo no máximo possível afirmar que a probidade administrativa é um aspecto particular da moralidade administrativa.²⁴

Assim a probidade dos atos está vinculada ao exercício da função o Agente Público, que deverá ao utilizar do RDC, agir de forma a buscar o melhor para coletividade, agindo-se de honestidade para tal, e ainda utilizando a moralidade em conjunto.

2.6.8 Economicidade e o objetivo ao aplicar a Lei nº 12.462

A economicidade como princípio existente na Lei 12.462, artigo 3º, abarca o ato da Administração e seus gastos. Caberá a avaliação do custo benefício, além do que for mais vantajoso para a Administração. Vale dizer que a maior vantagem se dá

²⁴ ICH, Karine Kelly. Princípios da licitação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_id=2940>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

no esgotamento dos recursos, sem perdas ou excessos. O autor Marçal Filho vem definir de forma:

A vantajosidade pode ser enfocada sob uma dimensão econômica, o que conduzirá a uma avaliação da questão sob o prisma da eficiência. Trata-se de determinar a proposta que assegurará o aproveitamento racionalmente mais satisfatório dos bens econômicos. O Estado dispõe de recursos limitados para custeio de suas atividades e realização de investimentos. Portanto, a vantagem do Estado se configura com a solução que garanta os maiores benefícios para aplicação de seus recursos econômico-financeiros.

A busca pelo esgotamento satisfatório dos atos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas se dá quando é alcançado o melhor benefício para a Administração, bem como para a sociedade. A busca de uma aplicação correta dos recursos financeiros, primordialmente se verifica vinculado ao princípio da economicidade citado no artigo, e em respeito conjunto a eficiência da aplicação dos bens econômicos.

2.6.9 Vinculação do Instrumento Convocatório como um princípio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A vinculação ao Instrumento Convocatório diz respeito à aplicação do que estritamente estabelecido for ao ato de convocação. Busca-se por esse princípio, a vinculação da Administração quando estabelecer os requisitos e objetos a serem contratados, sem que possa haver a mudança após o ato de convocação. Os concorrentes se propõem à participação do concurso de propostas, ao ponto que aceitaram de acordo com os objetivos editados.

Não poderia a Administração após sua escolha na licitação ocorrer em troca de objetos, ou procedimentos, pois tiraria a oportunidade de concorrência para aqueles que com a mudança pudessem vir a participar da disputa.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho afirma que:

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade sobre as decisões adotadas e sobre os temas essenciais da licitação. Mais precisamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.²⁵

Assim, se for o caso de uma modificação na licitação, haverá por parte do ente responsável a abertura de oportunidade aos demais interessados na concorrência da obra ou serviço licitado.

2.6.10 Administração Pública e o julgamento Objetivo no RDC

O julgamento Objetivo, por sua vez, vem disciplinar que ao efetivar a contratação, o ente fica responsável a aplicar os demais princípios, de forma conjunta, para que assim busque um resultado objetivo e fundamentado. A sua execução se dá para que não venham a oportunizar favorecimentos indevidos, ofensa a própria Administração, ou contrariedades a lei.

²⁵ JUSTEN FILHO. 2012. p. 69.

3. Publicidade dos Atos Administrativos

Estando entre um dos princípios mais importantes, a Publicidade é considerada como ponto essencial e inviolável. Este tem como finalidade a divulgação, sendo assegurada a toda e qualquer pessoa que queira acesso as informações de atos financeiros, de ordem pública ou o que acharem de relevância o conhecimento, sem que tenham restrições, apenas aquelas que expressamente não puderem ter sua exposição para defesa de outros princípios, sejam eles à intimidade, segredo de profissão, entre outros. Cabe o uso deste princípio a todos aqueles componentes da Administração, por trabalharem com o interesse público, devem para eles prestar contas dos atos feitos.

Leandro Monteiro, em sua publicação, coloca que:

Todos os dias, inumeráveis atos administrativos são publicados, contratos administrativos são firmados e licitações são realizadas. Não se pode desconsiderar a influência da Administração Pública na vida do administrado. A amplitude deste ente na regulação do comportamento dos administrados é enorme. O Estado fornece, ainda que precariamente, educação, saúde, trabalho, moradia (e com a EC 64/10, alimentação). O Estado regula atividade econômica. O Estado promove a proteção ao consumidor, entre outras coisas.²⁶

E que por este motivo, necessitaria a obrigatoriedade da Administração Pública que venham a exercer a publicação de seus atos, por terem uma influência extremamente grande sobre a população, e para o controle desta.

Assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 37 caput, diz que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

Além deste argumento verifica-se aqui o Direito individual do particular a requerer informações de seu interesse, que deverão ser prestados pela Administração Pública sem empecilhos, podendo essa ser também de interesse

²⁶ MONTEIRO, Leandro. Vertente material do princípio da publicidade administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11666>. Acesso em 8 nov 2016.

geral, ou coletivo. Caso não sejam prestados, caberá aqui um “remédio constitucional” conhecido como Habeas Data, assegurando também pela Constituição Federal no artigo 5º inciso LXXII alínea a: “conceder-se-á habeas data 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;”

Em se falar de publicidade, podemos dizer que é legítimo e necessário para fiscalização da Administração Pública a divulgação de seus dados e atos, para que se tenham acesso principalmente à aqueles dados de fim coletivo e interesse público.

Este princípio visto no Artigo 37 da Constituição Federal, caput, tem efeito nos atos da Administração Pública, para que concedam publicidade ampla, e conhecimento a toda população.

Tem como motivação dois quesitos principais, sendo o primeiro, de dar validade aos atos, que devem ser executados após sua publicação ou ainda garantir o conhecimento amplo e total dos atos para quem tiver interesse.

A publicidade é a forma efetiva com que os cidadãos acessem a democracia. Com este princípio há a oportunidade de questionamento de atos considerados irregulares ou ímprobos. A democracia se dá com o controle dos cidadãos para com os representantes do governo em seu exercício. A participação popular dá efetividade para o controle da coisa pública. Sua fundamentação legal pode ser encontrada também no artigo 5º da Constituição, inciso XXXIII.

O conhecimento público é realizado por meio da transparência dos atos oficiais. A transparência é distinta em dois pontos principais, podendo ser ela ativa, ou passiva, como define Marçal Filho:

A transparência ativa está referida nos arts. 7º e seguintes do Dec. Fed. nº 7.724 e consiste no dever de as entidades integrantes da Administração Pública darem divulgação e conhecimento ao público em geral das informações de interesse coletivo que estejam em seu poder. Isso envolve, inclusive, a divulgação de licitações e contratações administrativas. A transparência passiva é disciplinada nos arts. 9º e seguintes do Regulamento antes referido. Trata-se do dever de divulgar informações, pertinentes ao interesse geral ou específico de uma pessoa, em virtude de provocação do interessado.²⁷

²⁷ JUSTEN FILHO. 2012. p. 67.

Assim, consegue-se colocar a transparência ativa como aquela para quais as informações estão em poder da Administração, e tem a obrigatoriedade de publicação, diferenciando da passiva, que teria a obrigatoriedade quando a parte interessada requeresse do ente a sua publicidade.

3.1 Aplicação da Princípio da Publicidade aos objetos do RDC

Este princípio pode ser aplicado no âmbito das licitações ou do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, visto que se trata de atos praticados pela Administração, e que devem ser estes estar a conhecimento de toda população, com fim de concretizar seu controle efetivo.

A publicidade no RDC é vista como uma maneira buscada pelo legislador, de dar efetividade, e também, conjuntamente colocar a aplicação do controle exercido pela população sobre os atos focados nas obras e serviços dos eventos esportivos, ou mais, das obras do PAC, e outras aplicações com abrangência da Lei 12.462.

3.1.1 Publicidade em atos convocatórios do RDC

Conseguimos aplicar a publicidade para os instrumentos convocatórios das licitações deste regime, bem como os processos introduzidos em seus atos. Se tratando de convocação, verificamos a necessidade de aplicação da publicidade para que tenham acesso concorrentemente, justo e acessível, os interessados nas licitações e contratos de obras e serviços.

Essa aplicação é prevista no artigo nº 15 da Lei 12.462, que diz, “Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível

à segurança da sociedade e do Estado.”²⁸, e que segundo Percival José Bariani Junior,

A publicidade dos atos administrativos, no caso, dos instrumentos convocatórios, visa informar a sociedade a respeito do interesse da Administração Pública em contratar determinada obra ou serviço, bem como permite o controle da legalidade desses atos a participação da sociedade na coisa pública, tornando transparente e acessível a atuação administrativa.²⁹

Nesse aspecto, consegue-se ver que é de fundamental importância no ato convocatório a publicidade, dando efeito às comunidades, a despeito de seu interesse de reação ao Regime Diferenciado, e o patrimônio público atingido.

A aplicação do artigo 15 desta lei vem colocar além da obrigatoriedade da publicação, uma pré-qualificação dos interessados no contrato, para que ocorra a seleção à partir de uma competência ou qualificação, pensadas na execução da obra ou serviços.

A função da publicação em relação aos concorrentes se aplica, para quem tenha interesse, venha a fazer um cadastramento perante os instrumentos de armazenamento da Administração, e que consigam ser convocados a participação, mediante uma disputa da proposta mais vantajosa. Caso não haja o pré cadastramento, fica à cargo da Administração abrir a oportunidade de outra forma, dando conhecimento aos demais interessados na participação da concorrência.

A divulgação do ato da Administração Pública, quando usada a Lei 12.462, tem a serventia, para além do conhecimento exigido a sociedade, também a sua validade. Segundo Hely Lopes Meirelles:

Publicação é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é,

²⁸ BRASIL, Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 08 de novembro de 2016.

²⁹ CAMMAROSANO, Márcio. DAL POZZO, Augusto Neves. VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC**: Lei 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011. ed.2. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2012. p. 96.

perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato; é o requisito de eficácia e moralidade. 30

Portanto, quando se aplica o princípio da publicidade dos atos da Administração, dentro do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, está colocando em conjunto a exigência de uma validação, não meramente para objetivar o seu conhecimento mediante a sociedade.

Não caberá usar deste princípio apenas para publicação de atos já executados, obrigatoriamente deverá constar de todo o processo, como exposto pelo autor Meirelles:

Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.³¹

Colocando, por assim dizer, a Administração, por meio do seu ente ou agente competente, a obrigatoriedade de publicação de amplos atos, ditos também na aplicação do Regime Diferenciado. Quando aplicado à Lei 12.462, deve haver a conferência de sua publicidade, acarretando em caso de falta, na nulidade do ato, fato que retira seu efeito, em determinados casos, desde o início até o momento da identificação do erro.

3.1.2 Restrição a Publicação dos Atos Administrativos no RDC

Caberá a Administração efetuar o bloqueio das informações, evitando que as tornem públicas, quando expressamente a Lei proibir. Ou ainda, será autorizada a sua restrição quando, se ocorrer a publicação, ferir direitos alheios, podendo ser

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed.37. Editora: Malheiros Editores. 2010. p. 95.

³¹ MEIRELLES. 2010. p.97.

estes de particulares, ou mesmo da própria Administração. Havendo a constatação de que a sua aplicação venha a infringir, ou mesmo prejudicar outros atos administrativos, será aceitável sua conduta dando efeito restrito à publicação.

Explanado por Marçal:

A ausência de publicidade somente é admitida quando outros interesses públicos possam ser concretamente ofendidos. A questão também está disciplinada na Lei nº 12.527. Admite-se a restrição do acesso de informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado. E admite-se o sigilo no desenvolvimento de atividades administrativas específicas, especialmente quando tal se revelar essencial a fins legítimos buscados pela Administração.³²

Onde se consegue aferir ofensa a outros princípios, fica a cargo da Administração que efetive a restrição do princípio da publicação. A Lei 12.527, coloca que poderá ocorrer a não publicação do ato, ou não fornecimento quando este tratar de segredo de justiça ou segredo industrial. Há ainda uma classificação quanto ao grau de sigilo, exposto no artigo 24 da Lei, afirmando que “poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.”

Caberá assim, ao verificar a necessidade, aplicar ou não o princípio da publicidade aos atos administrativos, que ao não fazer, traga uma fundamentação plausível para tal, e legalmente amparada.

³² JUSTEN FILHO. 2012.

4. O Regime Diferenciado De contratações Públicas e o Orçamento Estimado

Os contratos da Administração Pública exigem para a sua contratação um mínimo de informações que venham a ser usados no momento de selecionar as partes contratantes.

A Lei de Licitações nº 8.666, traz em seu artigo 6º, inciso IX, alínea F a fundamentação legal para aplicação do Orçamento, dizendo:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;³³

Ou seja, para que consiga a Administração utilizar dos meios de licitações para contratos de obras ou serviços, deverá estipular um orçamento de custas, em seu projeto, com intuito na informação passada aos interessados, podendo ser via edital, em saber qual o valor do contrato, ou ainda se poderão participar da disputa, de acordo com o critério estipulado.

Do mesmo modo, conseguimos aferir a obrigatoriedade do orçamento de obras ou serviços públicos contratados mediante o Pregão. A Lei 10.520 em seu artigo 3º, inciso III estipula que:

A fase preparatória do pregão observará o seguinte: III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;³⁴

³³ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 08 de novembro de 2016.

³⁴ BRASIL, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Assim, a aplicação desta lei, deverá também acompanhada da fase preparatória, do orçamento, que estará à responsabilidade do órgão competente a sua elaboração.

Quando falamos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que mesmo com suas peculiaridades e autonomia de aplicação, segue a princípio os fundamentos estabelecidos na Lei anterior de licitações nº 8.666. Assim, quando falamos de publicidade do orçamento, falamos também que o legislador determinou a aplicação à Lei 12.462, colocando em seu artigo 6º caput, as hipóteses cabíveis, sendo assim:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.³⁵

Fora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o orçamento tem a função de garantir que a Administração traga a público o relatório com os dados completos, com as devidas minúcias em relação ao objeto, aos preços, etc.

Fora do contexto da Lei do RDC, o orçamento estimado apresenta uma dimensão menos relevante. A principal função do orçamento estimado, quando não se aplica o regime do RDC, é cognitiva, por assim dizer. Trata-se de assegurar que a Administração disponha de informações apropriadas sobre a futura contratação, inclusive para permitir avaliar a seriedade e a exequibilidade das propostas.

Nesse cenário, o descompasso entre a proposta e o orçamento elaborado pela Administração apresenta uma relevância secundária. Se não houver uma regra fixando a invalidade da proposta incompatível com o orçamento, a questão será resolvida em face o caso concreto. Pode se admitir que o particular evidencie a correção de sua proposta e aponte os defeitos do orçamento. Sob esse prisma, o orçamento produz uma presunção de defeituosidade da proposta. Mas essa presunção é relativa, o que significa

Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: 08 nov 2016.

³⁵ Brasil, Lei 12.462, de 04 de agosto 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 08 de novembro de 2016.

apenas uma inversão do ônus da prova. Cabe ao particular evidenciar que o orçamento estimado elaborado pela Administração não é perfeito e exato.³⁶

Neste ponto, verificamos, segundo o autor, que há uma responsabilização do particular, do concorrente ao verificar também a procedência do orçamento do contrato de obra ou serviço da Administração. O que se identifica é a responsabilidade mutua do ente público, bem como por parte do particular, ficando o primeiro com a obrigação de registrar no orçamento o mais próximo possível dos preços de mercado dos objetos necessários à sua execução. Por segundo, fica a cargo do particular demonstrar que o custo estimado da Administração está incorreto, podendo colocar de acordo com seus dados a comprovação do contrário.

4.1 Detalhamentos do Orçamento

Verifica-se como orçamento, o valor estimado, motivado pela contratação da obra ou serviço, além ainda das compras e alienações. Segundo confere Justen Filho:

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

Não se configura como orçamento detalhado uma estimativa global do preço a ser desembolsado pela Administração. O orçamento somente existe quando existe a decomposição do preço de diversos itens constitutivos do objeto e nas diversas etapas de atuação do particular, diferenciados entre si em vista da autonomia de cada despesa.³⁷

O que pode se falar pelo orçamento da Administração no Regime Diferenciado, é a busca pela aproximação do valor a ser gasto futuramente, com determinado contrato, colocando dentro de seus cálculos, das obras e serviços,

³⁶ JUSTEN FILHO. 2012. p. 105.

³⁷ Ibid. pg. 105.

todas as estimativas do processo. Deverá haver aqui uma apreciação dos preços desde o início, bem como os meios para sua execução, ou ainda o meio a se alcançar a finalização. Poderá conter ainda a contagem de eventuais imprevistos, ou possíveis gastos não planejados.

André Guskow Cardoso afirma que:

A administração promove a elaboração do orçamento estimado, como medida imprescindível à definição do objeto licitado e dos custos envolvidos com sua execução. Integra uma das etapas da fase interna da licitação. Trata-se de atividade inafastável, que objetiva a definição exata da necessidade administrativa a ser satisfeita e do objeto licitado.³⁸

Confere-se pela composição de um orçamento o que exigido for para a finalização do contrato. Como cada contrato tratara de licitações diferentes, ou de objetos fins distintos, caberá ao agente da Administração usar do caso concreto para avaliar quais quesitos necessários aquele contrato e a partir deste ponto avaliar os custos necessários de desembolso. Exige-se a necessidade de um detalhamento rigoroso, abrangendo todos os pontos, mínimos e principais, que acarretaram em gastos diretos ou indiretos da Administração. Assim, segundo o autor Marçal:

A discriminação dos itens e a identificação de quantitativos depende da informação básica sobre as atividades a serem executadas. A relevância dos projetos básico e executivo é objeto de disciplina no tocante às obras e serviços de engenharia. Deve-se ter em vista, no entanto, que toda e qualquer contratação Administrativa deverá ser antecipada de cautelas similares.

Sob um certo ângulo, a contratação de todo e qualquer objeto estaria subordinado à existência de um projeto básico, senão de um projeto executivo. No entanto, a terminologia técnica reserva essas expressões apenas para obras e serviços de engenharia. Essa é a razão pela qual houve a adoção da expressão “termo referência” para as contratações em geral.³⁹

Por não tratar de um preço certo, o orçamento é baseado em uma estimativa, que pode acabar por não ser o suficiente para a execução da obra ou serviço, para

³⁸ GUSKOW CARDOSO, André. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A questão da publicidade do Orçamento estimado**. JUSTEN FILHO, PEREIRA (Coord.), 2013, p. 57

³⁹ JUSTEN FILHO. 2012. p. 105.

tanto, a Administração estabelece no projeto básico uma margem de segurança, que efetivado todos os cálculos, com gastos previstos, ainda poderá por haver uma variação de 15% do valor colocado.

A obrigatoriedade de aplicação da existência do orçamento com a estimativa do custo está baseada legalmente pelo artigo 2º, parágrafo único, inciso VI da Lei 12.462, que diz:

O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos: VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.⁴⁰

4.2 O Sigilo do Orçamento no RDC e o Princípio da Publicidade

O artigo 6º da Lei 12.462, em seu § 3º estipula que: “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.”⁴¹

Pode-se verificar aqui que em seu texto, o legislador colocou uma ressalva para aplicação da publicidade do orçamento da obra ou serviço. De acordo com as condições estabelecidas no parágrafo, há a possibilidade do sigilo no orçamento dentro do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Deve-se verificar que o orçamento é obrigatório, porém sua aplicação fica restrita, quando o ente competente determinar, a publicar previamente.

A publicação do orçamento obrigatório é vista nos casos de licitações por critérios de melhor técnica, ou ainda pelo maior desconto ou o conteúdo artístico. Nestas hipóteses a divulgação é determinada do ato convocatório.

⁴⁰ BRASIL, Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 09 de novembro de 2016.

⁴¹ BRASIL, Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 10 de novembro de 2016.

Guskow Cardoso traz a hipótese em que não se obriga aplicar a publicação do orçamento estimado, assim, “Nos termos do artigo 6º da Lei 12.462, o orçamento estimado para as contratações abrangidas pelo referido regime diferenciado apresenta caráter sigiloso e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.”⁴²

4.2.1 A Elaboração do Orçamento

Ao colocar o sigilo do Orçamento no Regime, não exclui o agente responsável pelo contrato por elaborá-lo. Verifica-se, que mesmo sem a sua devida publicação, há a necessidade de um parecer prévio em relação aos custos e gastos previstos a serem desembolsados pela Administração. O autor Guskow determina que se aplique uma diferenciação da função exercida pelo ente ao publicar o orçamento, e a sua elaboração.

Antes de qualquer exame mais específico a respeito do regime introduzido pela Lei nº 12.462, cabe fazer uma ressalva inicial. É necessário distinguir elaboração do orçamento estimado pela Administração da divulgação desse mesmo orçamento juntamente com o edital. Trata-se de momentos distintos da atuação Administrativa.⁴³

Ou seja, há aqui a distinção de momentos e fases processuais no contrato administrativo, podendo ser separados da seguinte maneira:

Num primeiro momento, a Administração promove a elaboração do orçamento estimado, como medida imprescindível à definição do objeto licitado e dos custos envolvidos com a sua execução. Integra uma das etapas da fase interna da licitação. Trata-se de atividade inafastável, que objetiva a definição exata da necessidade administrativa a ser satisfeita e do objeto licitado. Além disso, há inclusive previsões legais específicas – contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (p. ex.: art. 127 da LDO de 2011 – Lei nº 12.309; art. 125 da LDO de 2012 – Lei nº 12.465) – que impõem a

⁴² GUSKOW CARDOSO, André. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A Questão da Publicidade do Orçamento Estimado. JUSTEN FILHO. PEREIRA (Coord.). 2013. p.80.

⁴³ GUSKOW CARDOSO, André. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A Questão da Publicidade do Orçamento Estimado.** JUSTEN FILHO. PEREIRA (Coord.). 2013. p.81.

obrigação de elaboração de orçamento estimado para toda e qualquer contratação a ser realizada pela Administração.

Num segundo momento dá-se a divulgação ou publicação desse orçamento estimado que fora previamente elaborado pela Administração. Essa divulgação pode se dar juntamente com o edital (nas modalidades licitatórias regidas pela Lei nº 8.666) ou não (como entendo o Tribunal de Contas da União no caso do Pregão).⁴⁴

Quando falado do orçamento, há a constatação de não apenas os dois itens anteriores citados, mas segundo a teoria de Maçal Justen Filho, três pontos principais. O primeiro abordado trata de sua elaboração, na fase de identificação dos elementos e quantidades, com aqueles de utilização direta e indireta das etapas do contrato de serviços ou obras de engenharia.

Por segundo, deve, segundo o autor, seguir uma busca pelo preço médio dos itens, tomando em conta a quantidade, os modelos a serem usados, e quais materiais.

Por terceiro, ele cita a determinação dos preços, passados pela busca mediana, podendo conter uma margem, fica neste ponto a imposição dos custos.

Nas palavras do autor, “A primeira etapa na elaboração do orçamento reside na decomposição da prestação a ser executada em itens e subitens com indicação de locais e todas as características aptas a influenciar os preços.”⁴⁵ Em continuação afirma, “A segunda etapa reside na elaboração na pesquisa de preços”⁴⁶, finalizando assim, “Dispondo das informações pertinentes, caberá à Administração escolher os dados mais compatíveis com as características do objeto a ser executado”⁴⁷ Faz-se necessária a ressalva no terceiro ponto, quanto à responsabilidade por parte da Administração para que coloque o preço previsto do objeto e a cada item separadamente.

4.2.2 A transparência nos Dados Orçamentários

⁴⁴ Ibid. pg. 81.

⁴⁵ JUSTEN FILHO. 2012. p. 110.

⁴⁶ Ibid. pg. 110.

⁴⁷ Ibid. pg. 111.

Busca-se cumprir ao falar da necessidade em que a Administração tem de dar Transparência aos seus atos. Estes, podendo ser aplicados ao RDC, dizem respeito à questão do orçamento, por estarem utilizando dos bens públicos, ou de requisitos financeiros, mas que devem a satisfação para com a população, dando a devida ciência sobre as obras e serviços contratados.

Pode-se citar também o dever de transparência relativamente às licitações e contratações públicas contido na chamada Lei de acesso a informações (Lei nº 12.527/2011). A referida norma consagrou o direito de acesso a informações pertinentes “à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitações, contratos administrativos” (art. 7º, inciso VI). Definiu o dever de órgãos e entidades públicas de divulgação de tais informações (art. 8º). Conforme a Lei nº 12.527, as entidades públicas devem divulgar permanentemente registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros, registros das despesas, informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados e dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades (art. 8º §1º).⁴⁸

4.2.3 Aplicação de divulgação em outros regimes

Na Lei de Licitações (Lei nº 8.666) aplica-se o artigo 6º, inciso IX, que diz ser obrigatório o “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”⁴⁹, bem como o artigo 7º, §2º, inciso II, aduzindo que, “As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;”⁵⁰ reiterando no artigo 8º, “A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade,

⁴⁸ GUSKOW CARDOSO, André. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A Questão da Publicidade do Orçamento Estimado. JUSTEN FILHO. PEREIRA (Coord.). 2013. p.81.

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em 11 de novembro de 2016.

⁵⁰ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em 11 de novembro de 2016.

previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução. ”⁵¹
Portanto, garantindo e possibilitando ao cidadão de exercer seu direito, acessando as informações que lhe são cabíveis.

Outra forma podemos ver na Lei 10.520, que não estabelecendo um dispositivo específico para publicação do orçamento, nem com legislação nos decretos que trabalham em conjunto à Lei do Pregão, exigiu do TCU (Tribunal de Contas da União) uma iniciativa, para que se prontificasse sobre o assunto. Sua decisão trouxe no acórdão nº 517 realizado em sessão do dia 25 de março de 2009 o voto do Excelentíssimo Ministro Relator, Raimundo de Carrero, no seguinte sentido:

3. A Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão no âmbito da Administração Pública, dispõe em seu art. 3º sobre as exigências na fase preparatória do pregão, dentre elas a elaboração, pela entidade promotora da licitação, do orçamento dos bens e serviços a serem licitados. O Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta a modalidade na esfera federal, ao dispor sobre a fase preparatória do pregão, exige em seu art. 8º a elaboração de um documento chamado termo de referência, que indica “os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato”. Tanto a lei quanto o decreto citados não exigem que o edital de licitação na modalidade pregão apresente, obrigatoriamente, o orçamento estimado em planilhas e preços unitários.⁵²

Assim, em meio à decisão do Tribunal de Contas, ficou definido, pelo colegiado, que à possibilidade da Administrativa Pública para aderir ao sigilo do orçamento, utilizando-se da mesma incidência da Lei 8.666, como base, ficando possível a aplicação para o preço estimado a ser desembolsado. Essa aplicação fica

⁵¹ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2016.

⁵² BRASIL, Tribunal de Contas da União. Representação. Supostas irregularidades verificadas no pregão amplo nº 03/2008-er01, conduzido pela anatel. Oitiva e diligência dirigidas à agência. Interessado: Autoplan Locação de Veículos LTDA. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Relator: Raimundo Carneiro. Recife. 23 de março de 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313235343931&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> Acesso em: nov. 2016.

válida apenas para os orçamentos do da Lei do Pregão, não podendo a Administração criar sigilo sobre os demais atos.

De forma negativa, Marçal Justen Filho critica esta sentença alegando:

(...) o TCU reputa que a Lei nº 10.520, diversamente da Lei nº 8.666, omitiu a vedação à existência de elementos sigilosos para orientar a decisão administrativa. Portanto, seria lícito à Administração deixar de divulgar o valor do orçamento. O raciocínio prova demais, inclusive porque autoriza que o pregão fosse julgado segundo fatores subjetivos ou sigilosos – algo absolutamente incompatível com o Regime constitucional da atividade administrativa. Enfim, a orientação do TCU não merece adesão porque a vedação ao sigilo tem origem na Constituição e não propriamente na Lei nº 8.666. Não se trata, portanto, de mera aplicação de regras da Lei nº 8.666 ao âmbito do pregão, mas de assegurar a existência de elementos objetivos para a formulação das propostas e para a decisão Administrativa.⁵³

Assim, fica claro dizer, que na Lei do Pregão não há uma legislação que venha a trazer autorização expressa para a aplicação da publicidade do orçamento público, e que já com a Lei 8.666 terá a legislação, tentada a adaptação para que se use no primeiro caso.

Frisa-se que já haveria ocorrido a modalidade de sigilo do orçamento em licitações, estas para com Petrobras, que acabara por ter sido motivo de apreciação por parte do TCU.

O entendimento por parte do Tribunal de Contas da União traz uma aceitação as condições de não divulgação do orçamento previamente, quando utilizados sobre a Lei nº 8.666, e em favor da Petrobras. André Cardoso indagou sobre o assunto:

A não aplicação das regras da Lei nº 8.666 pela Petrobras vem sendo sistematicamente repudiada pelo TCU. No entanto, as decisões do TCU que reputam inconstitucional a utilização do Decreto nº 2.745 igualmente vêm sendo suspensas pelo Supremo Tribunal Federal, sob o pressuposto de que é possível a utilização do processo licitatório simplificado previsto no Decreto nº 2.745, na medida em que a atuação da Petrobras no exercício de atividades econômica estrita, em regime de concorrência com empresas privadas, seria incompatível com a observância da Lei nº 8.666⁵⁴

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo. Editora: Dialética, 2013. p. 88.

⁵⁴ GUSKOW CARDOSO, André. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: **A Questão da Publicidade do Orçamento Estimado**. JUSTEN FILHO. PEREIRA (Coord.). 2013. p.90.

Por este motivo, dando uma segurança jurídica aos atos de Licitações da Petrobras, o TCU decide da seguinte maneira:

(...) faça constar, em seus procedimentos licitatórios, como anexos ao edital, cópia do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, em observância ao princípio da publicidade que permeia o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745/98, em especial nos itens 1.2, 1.8.1 e 5.3.1, “b”, do referido Regulamento, salvo quando essa divulgação constituir óbice intransponível à atividade negocial da empresa, fato a ser devidamente justificado no processo licitatório.⁵⁵

4.3 Constitucionalidade do artigo 6º da Lei de RDC

Por se tratar de um artigo com peculiaridade, comparado com os outros regimes de contratações, e por estar afrontando um princípio, da publicidade dos atos da Administração Pública, verificou-se a necessidade de um estudo sobre a constitucionalidade da norma. Também, consagrando uma Lei atual, viam se vários artigos para questionamentos e adaptações sendo como incentivo para a Ação de Inconstitucionalidade nº 4.645.

Dentre outros pontos discutidos, tramitou perante o Superior Tribunal de Federal a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), com a propositura incentivada pelos partidos políticos PSDB, PPS e DEM, e com o intuito na solução das possíveis irregularidades da Lei de RDC.

Um dos pontos questionadores foi, de acordo com André Cardoso:

A constitucionalidade da Lei nº 12.462 sob o prisma formal, apontando o descabimento da utilização da medida provisória e a extrapolação da competência parlamentar para emendar o texto original da media provisória submetida ao Congresso. Além disso, questiona especificamente a constitucionalidade da disciplina instituída pelo artigo 6º, relativamente à forma de divulgação deferida do orçamento estimado. Indica-se, nesse

⁵⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União – TCU (segunda câmara). Pedido de reexame em relatório de levantamento de auditoria em obras sob a responsabilidade da Transpetro. Ausência de fatos novo. Ciência. Acórdão nº 1.854/2009, Processo 017.810/2006-5. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Sessão: 14.04.2009. São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consulta/Juris/Docs/Judoc/Acord/20110504/AC_1062_14_11_P.doc> Acesso em: 11 nov. 2016

ponto, que haveria ofensa ao princípio da publicidade, consagrado nos artigos 5º, XXXIII, e 37 da Constituição Federal.⁵⁶

O questionamento do artigo era foco dos doutrinadores com a defesa de que, segundo José dos Santos Carvalho Filho:

(...) a inconstitucionalidade deste dispositivo o fazem com base na violação do princípio da publicidade, em razão da existência do Art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal. O referido dispositivo prevê que todos os cidadãos possuem direito de receber informações acerca da administração pública, excetuados os casos onde o sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Aludem, portanto, que o RDC não está obedecendo este dispositivo, pois traz o sigilo como regra, e não como exceção, conforme prevê a Constituição.⁵⁷

Assim, o que se buscou com a aplicação do artigo 6º, §3º, da Lei 12.462, é a forma de evitar com que os participantes viessem a combinar os preços, caso já sabido anteriormente ao concurso da licitação. Porém haverá de se verificar a sua aplicação mediante o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública.

Roberto Dias, e João Paulo Ferreira explanam sobre o andamento do orçamento público, e qual o seu objetivo, colocando de forma:

“a motivação para esse dispositivo é evitar eventual conluio entre os participantes para formatação de propostas parecidas, com valores próximos ao do orçamento alocado. Todavia, a mitigação da publicidade em relação ao planejado da Administração, no nosso entender, não se revela como instrumento hábil para evitar eventuais fraudes em licitações, ainda mais ao custo da máxima publicidade de atos administrativos. Ademais, a mitigação apresentada não se relaciona com as hipóteses excepcionalmente trazidas pela Constituição e pela Lei nº 12.527/11.

4.3.1 Ponderação necessária do Princípio Constitucional.

⁵⁶ GUSKOW CARDOSO, André. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A Questão da Publicidade do Orçamento Estimado. JUSTEN FILHO. PEREIRA (Coord.). 2013. p.87.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28

Deve se verificar um equilíbrio entre os princípios, uma forma de garantia dos Direitos, como explana Gurskow Cardoso, “a questão envolve necessariamente a ponderação de princípios e valores consagrados pela Constituição, ante o princípio constitucional da publicidade (e as obrigações dela decorrentes).”⁵⁸

O autor faz uma referência ao peso que teriam os princípios, avaliando-se qual haveria maior validade sobre outro. Para ele “A despeito de sua inequívoca importância, o princípio da publicidade pode ceder diante de outros princípios e valores constitucionalmente consagrados.”⁵⁹

Assim, mencionado no artigo 5º, inciso XXXIII, faz referência a possibilidade de resguardar ao direito de sigilo, sendo assim:

“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”⁶⁰

Verifica-se por parte da própria Constituição Federal, uma necessidade de resguardar o direito ao sigilo quando usado pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, ou nos demais atos da Administração, para que ao partir deste princípio que não ocasione em ferir a outros princípios.

Porém quando examinada a necessidade sua publicação, também pode se verificar uma prioridade, ao que venha a garantir os direitos da comunidade. O que segundo o autor Cardoso:

O RDC reserva ao orçamento uma relevância muito mais significativa, eis que impõe, como regra, a invalidade das propostas que ultrapassem o valor dele. Significa dizer que o orçamento apresenta uma função normativa muito relevante, usualmente não aplicada nas licitações não sujeitas ao RDC.⁶¹

⁵⁸ GUSKOW CARDOSO, André. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A Questão da Publicidade do Orçamento Estimado. JUSTEN FILHO. PEREIRA (Coord.). 2013. p.90.

⁵⁹ Ibid. pg. 90.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988

⁶¹ JUSTEN FILHO. 2012. p. 108.

Terá assim, a sua decorrência jurídica a partir do orçamento, quando esta apresentar irregularidades. Exigindo sua comprovação, sancionada a irregularidade que não possível a reparação, ficaria a cargo da Administração a anulação do contrato. Ao identificar que a Administração incorreu em erro, na aplicação do orçamento, para mais ou para menos, saindo contexto de mercado, e extrapolando o preço além da margem de erro legalmente permitida, ficará invalida a sua aplicação. Em relação ao tema, Marçal Filho coloca o ponto de que:

A ampliação da relevância jurídica do orçamento estimado significa a submissão do tema a uma disciplina muito mais rigorosa. Nos casos em que a disparidade de valores não acarretara a necessária desclassificação, da proposta, o orçamento pode apresentar um nível de precisão muito menor. Se a discordância gerar automaticamente a desclassificação, então será obrigatório o que o orçamento reflita de modo mais preciso os custos reais do mercado e as circunstâncias específicas da contratação.

Em outras palavras, a seriedade dos efeitos da fixação de um valor orçamentário por parte da Administração exige o desenvolvimento de uma atividade administrativa comprometida com a realidade dos fatos. Não se admite que a Administração formule estimativas subjetivas, destituídas de apoio em dados técnico-científicos e não resultantes de informações concretas sobre os preços de mercado. Será invalida uma solução tal como adotar o custo de uma obra semelhante executada anos antes, simplesmente reajustando os preços por índices gerais de inflação.⁶²

O que se espera ao constatar este trecho, é um cuidado, para que ao estipular o orçamento, a Administração venha a fazer uma avaliação séria de cada item a ser utilizado na obra ou serviço, com buscas concretas dos preços médios, e aplicação fundamentada ao ato.

Daí se verifica o problema do sigilo do orçamento estimado, por não ter dado acesso ao público de tal ato, não há como se fazer uma avaliação concreta dos itens colocados, se os preços postos são verídicos, baseados em uma boa-fé por parte do ente público, ou se este incorreu em arbitrariedade ao colocar preços enganosos, e descuido do objeto do contrato.

Pois existe uma justificativa para a adoção do sigilo do valor de referência da licitação. Importante reforçar que o sigilo seria temporário e não aplicável aos órgãos de controle.

⁶² JUSTEN FILHO. 2012. p. 109.

Dessa forma, sob o ponto de vista jurídico, entendemos que o RDC seria constitucional. No entanto, não há como prever se, na prática, a adoção do sigilo seria benéfica ou não para o erário, teoricamente a busca por propostas (apresentadas pelos licitantes) mais favoráveis à Administração Pública justificaria a medida. Por outro lado, não há como negar que existiria o risco de fraude com o favorecimento de licitantes através do fornecimento das informações sigilosas.

O que se verifica, é a possibilidade de a Administração utilizar deste princípio, visto que, não se trata de uma omissão geral, mas sim uma protelação com intuito no contrato a ser firmado.

Tendo em vista que sua publicação vem a ser efetivada após o concurso, ficará a cargo da própria Administração que cuide do andamento correto do orçamento, em sua elaboração.

4.4 ADI 4655 e 4645 – REFERENTE AO REGIME DIFERENCIADO

Com intuito em buscar esclarecimento e, solucionar possíveis irregularidades da Lei 12.462 do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, foram encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645 e 4655, ainda não julgadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transparência exigida para realização dos contratos da Administração, dá a possibilidade de que haja um controle da sociedade sobre o que há de se contratar. Valendo-se que há na Constituição Federal o princípio da publicidade dos atos processuais, é legítimo que falemos em uma fiscalização da Administração Pública. E para a validade do contrato, se exige a aplicação deste princípio, também com intuito em garantir o conhecimento sobre a licitação, tanto para os que estão interessados na sua participação, como para os que vão efetivar seu controle, sua validade e eficácia.

A aplicação do princípio dá-se nos contratos em toda sua tramitação, e deverá ser efetivada também no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, tendo serventia para além do conhecimento de exigência da população, e sim com respaldo a sua validade. Portanto, quando aplicamos o princípio ao orçamento exigido aos contratos do RDC estamos, além de dando publicidade, estamos validando os seus atos.

Fica a cargo da Administração Pública determinar quando as informações devem ser restritas de publicação, e assim com a responsabilidade de justificativa para sua decisão. Sabendo que só poderá não efetivar, quando houver conflito de direitos.

Quando comparado com outras leis do ordenamento jurídico se faz necessária a publicação do valor com o orçamento da obra ou serviço em que Administração está a contratar. Quando se fala na aplicação da Lei 12.462, não há a exigência de tal ato, colocando o concorrente para que estipule o valor das obras ou serviços, justificando seus custos e preços, tentando uma aproximação do gasto que venha a se efetuar com a execução do contrato. Deve haver por parte do particular na proposta apresentada, a discriminação do que será feito, os materiais utilizados, e os valores aproximados.

Então, pode-se dizer que nos contratos da Administração, dentro da Lei 12.462, na falta de estipulação do valor, poderá deixar abrangente o orçamento aplicado, que muitas vezes pode ser manipulado pelo possível contratado da Administração.

Por fim, verificada a falta de orçamento, há de verificar a inconstitucionalidade de aplicação do princípio da Constituição Federal, visto que, não dá a possibilidade para controle da população sobre os valores efetivos do contrato, partindo que não se é publicado pelo edital da Administração Pública, mas sim exposto por um particular, de acordo com suas estimativas.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Lei nº 1.079, de 10 de Abril De 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ. 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm> Acesso em: novembro de 2016.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL, Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: nov. 2016.

BRASIL, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: nov. 2016.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Representação. Supostas irregularidades verificadas no pregão amplo nº 03/2008-er01, conduzido pela anatel. Oitiva e diligência dirigidas à agência. Argumentos e documentos apresentados suficientes para demonstrar a obediência do edital do certame aos dispositivos legais e regulamentares aplicáveis à modalidade licitatória. Ciência aos interessados. Representação nº 032.442/2008-8. Interessado: Autoplan Locação de Veículos Ltda.

Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Relator: Raimundo Carreiro Recife, 23 de março de 2009. **Lex:** jurisprudência do TCU e Tribunais de Contas da União, São Paulo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313235343931&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> Acesso em: novembro de 2016.

Brasil, Tribunal de Contas da União (Segunda câmara). Pedido de reexame em relatório de levantamento de auditoria em obras sob a responsabilidade da transpetro. Ausência de fatos novos. Ciência. Processo 017.810/2006-5. Acórdão nº 1.854/2009 Recorrente: Petrobras Transporte S/A (Transpetro). Entidade: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras). Relator: Raimundo Carreiro Recife, 14 de abril de 2009. **Lex:** jurisprudência do TCU e Tribunais de Contas da União, São Paulo. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110504/AC_1062_14_11_P.doc> Acesso em: 11 de novembro de 2016.

CAMMAROSANO, Márcio. DAL POZZO, Augusto Neves. VALIM, Rafael. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas -RDC:** Lei 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011. ed.2. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2012.

CAMPELO, Valmir. Acórdão nº 3.011/2012. TCU. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/017.603-2012-9-%20Copa.pdf>. p. 113. Acesso em: 05 nov. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUSKOW CARDOSO, André. **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. (Coord.), 2013.

KELLY, Karine. Princípios da licitação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_id=2940>. Acesso em novembro de 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC.** ed. 1. São Paulo. Editora: Dialética. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. ed. 15. São Paulo. Editora: Dialética. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**: Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto nº 7.581. ed.2. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo. Editora: Dialética, 2013.

KNIPPEL, Edson Luz, ARAUJO, Guilherme San Juan, ZELANTE, Henrique. Aspectos Penais da Lei nº 12.246 de 5 de Agosto de 2011. 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. ed. 2. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed.37. Editora: Malheiros Editores. 2010.

MONTEIRO, Leandro. Vertente material do princípio da publicidade administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11666>. Acesso em novembro 2016.

NOVAES, Ane Carolina. **Princípios da Licitação de acordo com a Lei n.º 8.666/93**. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, no 138. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=752>> Acesso em: 08 de novembro de 2016.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Contratação Simultânea para serviços do PAC e dos mega eventos esportivos**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 67. Setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=67&artigo=696>> Acesso em: 07 de novembro de 2016.

VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/4369>> Acesso em: 8 nov. 2016